

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

TRABAJO FIN DE MÁSTER DE DERECHO PÚBLICO

ALUMNO: ÁLVARO VIDAL HERRERO

TUTOR PROFESOR: Dr. D. JOSÉ MANUEL CHOZAS ALONSO

Septiembre, 2011

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

CAPÍTULO I

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS

A.- CONCEPTO.....	7
B.- FUNDAMENTO.....	13

CAPÍTULO II

EL RECURSO DE APELACIÓN. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y TRAMITACIÓN

A.- ANTECEDENTES.....	15
B.- CONCEPTO.....	19
C.- TRAMITACIÓN	24
C.1.- FASE ANTE EL ÓRGANO <i>A QUO</i>	25
a) La preparación.....	25
b) La interposición.....	26
c) La sustanciación	27
C.2.- FASE ANTE EL ÓRGANO <i>AD QUEM</i>	29

CAPÍTULO III

LA IMPUGNACIÓN POR EL APELADO: LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

A.- ANTECEDENTES.....	30
B.- OBJETO.....	32
C.- DENOMINACIÓN.....	35
C.1.- ANTECEDENTES	35
C.2.- LA RECONVENCIÓN.....	39
C.3.- LA RECONVENCIÓN ES A LA PRIMERA INSTANCIA, LO QUE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» ES A LA SEGUNDA INSTANCIA	42
D.- PRESUPUESTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»	48

E.- EFECTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»	50
F.- LA LEGITIMACIÓN EN LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»	55
G.- LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» DEL APELANTE INICIAL.....	61
H.- LA «RECONVENCIÓN» A LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL».....	69
I.- DOS CASOS CONTROVERTIDOS: LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA EN TRÁMITE DE OPOSICIÓN, POR QUIEN PREPARÓ RECURSO DE APELACIÓN Y NO LO INTERPUSO; Y EL SUPUESTO DE LA PLURALIDAD DE PARTES.....	70
I.1.- La impugnación de la sentencia en trámite de oposición, por quien preparó recurso de apelación y no lo interpuso: La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), núm. 114/2006, de 28 de junio (AC\20060\400271).....	71
I.2.- El supuesto de pluralidad de partes: La impugnación de la sentencia por el apelante inicial en el trámite de oposición al recurso de apelación «reconvencional»: Las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núms. 865 y 869/2009, de 13 y 18 de enero de 2.010 (RJ\2010\1273 y RJ\2010\416):.....	75
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	93
JURISPRUDENCIA ESTUDIADA.....	97

INTRODUCCIÓN

La segunda instancia es una fase procesal cuya finalidad es permitir el nuevo examen de una cuestión litigiosa sobre la que ha recaído sentencia definitiva. Esta segunda instancia se abre a petición de parte, y de ordinario mediante la preparación e interposición del recurso de apelación. Interpuesto el recurso de apelación, el apelado puede adoptar distintas posturas: guardar silencio, oponerse al recurso de apelación, e impugnar a su vez la sentencia en lo que le resulta desfavorable (art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC).

Son múltiples los estudios, monografías, obras generales, y textos que de forma más o menos directa estudian, tratan, analizan y desarrollan el recurso de apelación; desde sus antecedentes remotos a los más próximos; cuestionando, matizando y ampliando el concepto de recurso de apelación, distinguiéndolo de «*medio de impugnación*»; analizando su fundamento, la naturaleza jurídica, las distintas fases, y su tramitación¹. Sin embargo, no son tantos los autores que han estudiado de forma específica la concreta fase del recurso de apelación en la que nos queremos adentrar, de antiguo conocida y denominada, incluso con algún resquicio en nuestra vigente LEC, «*adhesión a la apelación*», «*apelación adhesiva*», o «*adhesión incidental*» (como se denomina en el derecho procesal italiano)².

¹ Entre otros, NOGUEIRA ROIG, L. y AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, J., «El recurso de apelación civil», *Revista General del Derecho*, 1962, págs. 310 y ss., los autores tratan la cuestión en página y media de las aproximadamente setenta de que consta su trabajo; HOYA COROMINA, J., *El Recurso de Apelación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Navarra, Aranzadi, 2002, le dedica apenas tres páginas (119- 121); ARAGONESES ALONSO, Pedro y GISBERT POMATA, Marta, *La apelación en los procesos civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios*. Madrid, Civitas, 2008, le dedican tan sólo catorce páginas (499-513) de las 953 que tiene su obra; NAVARRO HERNÁN, Manuel, *Recursos y otros medios de impugnación*. Madrid, Dijusa, 2001, le dedica apenas una página (103-104); y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El recurso de apelación en el proceso civil*, Madrid, Colex, 2001, le dedica siete (67-74) de las 333 de su obra.

MARTÍNEZ VAL, J.M., «Reconvención y adhesión a la apelación», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1965, págs. 109-114, en la página 109 apunta como motivo del olvido doctrinal que: “...sin duda porque el recurso estudiado lo es en sí y con relación a la demanda rectora y no a la reconvencional, que resulta olvidada casi siempre, cuando se expone la temática de la apelación ...”.

² RICHARD GONZÁLEZ, M., *La Segunda Instancia en el Proceso Civil*. Barcelona, Cedecs Editorial, 1998, se dedica con profusión al estudio de la apelación «adhesiva», y es la base sustancial de GRAU PÉREZ, José Alberto, *La impugnación del inicialmente apelado. Adhesión a la apelación*, Madrid, Dijusa, 2005

Partiendo de la aproximación al concepto de «recurso» y su fundamento, pretendemos esbozar, por razón de limitación de espacio, la revisión del concepto que en sus distintas formulaciones por la doctrina se ha venido ofreciendo, para dar cobijo, no sólo a quienes ostentaron la condición de parte en la primera instancia, sino también a otros interesados a quienes afecta la resolución recurrida, como ocurre en la situaciones litisconsorciales, o con respecto de terceros a quienes los efectos de la resolución impugnada causan un gravamen o les resulta desfavorable.

A continuación, tras una breve exposición de la tramitación del recurso de apelación ante el juzgado *a quo* y el órgano *ad quem*, afrontamos el estudio de la fase del recurso de apelación en la que especialmente nos centraremos: la prevista en el art. 461.1 LEC, consistente en lo que el legislador denomina «impugnación de la resolución» de primera instancia por el apelado; tradicionalmente denominada «adhesión a la apelación» o apelación «adhesiva», denominación de la que decide prescindir el legislador de 2000 por haber sido generadora de equívocos.

En el presente trabajo, modestamente ofrecemos e intentamos justificar, sin perjuicio de posterior desarrollo, la denominación de apelación «reconvencional» que, aunque no es novedosa, si es incipiente, y con la que tratamos de superar arcaicos convencionalismos arraigados en nuestra doctrina histórica, y así adaptarnos al espíritu del legislador de 2000, manifestado en la Exposición de Motivos. En última instancia, veremos que no existen sustanciales diferencias entre la conducta del demandado que en la primera instancia va más allá de oponerse a la demanda formulando una auténtica pretensión frente a su demandante, y la conducta del apelado que, oponiéndose o no al recurso de apelación inicial, formula una pretensión genuina de la segunda instancia: la impugnación de la sentencia en lo que le resulta desfavorable. Incluso la doctrina suele acudir precisamente a la figura de la reconvención para explicar el concepto, la naturaleza jurídica, el fundamento y los efectos de la impugnación de la resolución por el apelado y que nosotros denominaremos apelación «reconvencional».

Esta facultad de formular apelación tardía que establece el art. 461.1 LEC a favor del apelado que a su vez se convierte en apelante, plantea multitud de interrogantes y situaciones en la práctica, no siempre fáciles de resolver. Interrogantes relativos a la legitimación activa para su formulación, a los efectos de la apelación que denominamos «reconvencional», al riesgo que corre el principio de audiencia y contradicción, a la excepción que supone al principio de preclusión, y un largo etcétera, que al menos dejaremos apuntado para tratar de resolverlos en posteriores trabajos.

La interpretación conjunta de los distintos apartados del art. 461 LEC, ni es unánime, ni está ausente de complicaciones a la vista del conjunto de la regulación del recurso de apelación que se contiene en la ley rituarial. A veces, con mejor voluntad que acierto, se llega en la doctrina y en la jurisprudencia a interpretaciones tan dispares que hemos considerado importante, además de apasionante, tratar de arrojar algo de luz incluso ofreciendo otras alternativas interpretativas de las que estamos convencidos habrá tanto detractores como adeptos.

Por último, comentamos desde nuestro particular punto de vista los dos casos que nos han parecido más significativos y que con respecto al trámite cuyo estudio abordamos, han sido resueltos por la jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales, no siempre en forma satisfactoria y con frecuencia contradictoria, a pesar de que entre unos pronunciamientos y otros, en alguna ocasión sólo han transcurrido cuatro días. Muestra evidente de que la fase del recurso de apelación en la que nos centramos, a pesar de ser una de las grandes olvidadas por la doctrina, es de las que mayor riqueza casuística y controvertida aporta en la práctica.

CAPÍTULO I

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS

A.- CONCEPTO

Nuestra legislación procesal configura los medios de impugnación como instrumentos procesales puestos a disposición de las partes para que éstas puedan obtener, previo el cumplimiento de determinados presupuestos y requisitos, la modificación, o incluso anulación, de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces y por tanto sometidas a la falibilidad humana.

Ahora bien, con carácter previo hay que señalar una cuestión terminológica, pues no pueden confundirse «medio de impugnación» y «recurso», como no pueden confundirse el género y la especie³. Medios de impugnación son todos los instrumentos

³ GIMENO SENDRA, V., *Proceso Civil Práctico*, Madrid, La Ley, 2002, T. V, págs. 684-685. La denominación no es pacífica en la doctrina, pues en ocasiones se opta por el término medio de impugnación e incluso por la consideración de procesos de impugnación instaurados con la finalidad de oponer obstáculos a la decisión recaída en el proceso principal, buscando una actividad depuradora que, si bien retrasa y demora el proceso de fondo, sirve para mejorar y comprobar sus resultados (GUASP). No obstante, esta tesis, carece de trascendencia en el derecho positivo, toda vez que el término «impugnación» está dotado de mayor amplitud que el de recurso, al abarcar también cualquier actividad de las partes enfrentada a la de la contraria. Así, la LEC, en su art. 461, acoge el término impugnación, en sustitución del término «adhesión», para el supuesto de que el inicialmente apelado no sólo se oponga al recurso sino que, a su vez, pida la revocación y sustitución por otra de la resolución ya apelada.

Otros autores como FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría General del Derecho Procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma, 1992, págs. 482 y ss., al hablar de los medios de impugnación distinguen entre «remedios» y «recursos»: “Una tercera y para nosotros, fundamental clasificación, se basa en que sea o no el mismo juez o tribunal que dictó la resolución impugnada, quien resuelva sobre la impugnación de la misma (así, nacerá la distinción entre «remedio» —es el mismo juez resolutor el que reconsidera y resuelve sobre el medio de impugnación—) y «recursos propiamente dichos» —es otro juez o tribunal superior el que ve y resuelve sobre la impugnación de la resolución supuestamente viciada, emitida por el inferior”. Parece acudir así al sentido etimológico de la palabra «re-curso», «nuevo curso». Bien es cierto, que esta diferenciación terminológica no ha sido acogida en nuestras Leyes de Enjuiciamiento Civil, aunque como señala GIMENO SENDRA, V., *El Recurso de Apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pág. 685: “bien se pudieran calificar como remedios, no recursos, además del recurso de reposición, los supuestos contemplados en el art. 214 (aclaración y corrección de resoluciones) y en el art. 215 (subsanción y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos)”.

En este sentido, podríamos sugerir una diferenciación más entre «remedios» y «recursos», toda vez que considerando entre los primeros los supuestos de los arts. 214 y 215 LEC, los «remedios» se caracterizarían, a diferencia de los «recursos», en que con los primeros no es posible modificar la parte dispositiva de las resoluciones contras las que se dirigen, y con los segundos lo que se pretende precisamente es la modificación de la parte dispositiva de las resoluciones objeto de impugnación.

que el legislador pone a disposición de las partes para atacar una resolución judicial, con el fin de obtener o provocar su reforma, su anulación, o incluso su declaración de nulidad⁴. Así, los medios de impugnación abarcan cauces procesales que sirven a los fines indicados, pero que no pueden calificarse de recursos, como el incidente de oposición al embargo preventivo, o a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, o los medios de rescisión de sentencias firmes como lo era el mal denominado «recurso» de audiencia al rebelde. Los «recursos», sin embargo, siendo medios de impugnación de resoluciones, tienen un fundamento distinto. Aquéllos son medios de rescindir un efecto jurídico ya producido, y los «recursos» –en sentido estricto- son medios de evitar un efecto jurídico antes de que se produzca.

Centrándonos en los recursos, por éstos entiende DE LA OLIVA SANTOS “los instrumentos o institutos procesales de impugnación de resoluciones no firmes”⁵. GIMENO SENDRA, por su parte, entiende por recurso el conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de la misma, bien por otro superior, y ello con la finalidad de aumentar las garantías de justicia de las resoluciones judiciales, operando como remedio y como medio fiscalizador⁶.

Más concreta, sin embargo, nos parece la definición ofrecida por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, cuando define el «recurso» como el acto de parte por el que se pide al mismo juez que dictó la resolución o a su superior jerárquico, que examine de nuevo y se pronuncie respecto de una cuestión fáctica o jurídica que ha sido objeto de dicha

HOYA COROMINA, J., *El Recurso de Apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, págs. 19-20, simplifica la cuestión, al señalar que «medios de impugnación» y «recursos», son dos formas de denominar lo mismo; la primera utilizada por la dogmática procesal, la segunda utilizada por el legislador, sin que pueda apreciarse confusión por el hecho de que el legislador en ocasiones se refiera a la impugnación, pues en última instancia, todo recurso supone la acción de impugnar.

⁴ RICHARD GONZÁLEZ, M., *La Segunda Instancia en el Proceso Civil*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1998, pág. 22. HOYA COROMINA, J., *El Recurso de Apelación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pág. 19.

⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal: Introducción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pág. 373.

⁶ GIMENO SENDRA, V., *Proceso Civil Práctico*, op. cit., T. V, pág. 684.

resolución y que resulta perjudicial para el recurrente para que la anule o la sustituya por otra más favorable al recurrente⁷.

Sin embargo, y atendiendo además al fundamento de los medios de impugnación, y por lo tanto, de los recursos, nos parece más completa la siguiente definición que ofrecemos⁸: *recurso es el remedio que el legislador pone a disposición de un interesado, que ostentando la condición de parte, y dando cumplimiento a los presupuestos y requisitos legalmente previstos, pide al órgano judicial competente que examine y se pronuncie de nuevo sobre una cuestión fáctica o jurídica -bien sea jurídico-procesal, bien jurídico-sustantiva-, que ha sido objeto de una resolución judicial cuya parte dispositiva le resulta perjudicial, con el fin de que sea anulada o sustituida por otra que le resulte más favorable.*

Partiendo de esta formulación, son sus elementos definidores:

1º.- Es el acto de un interesado que en el momento de interposición del recurso ostenta la condición de parte. Precisamos que no ha de ostentar necesariamente esa condición de parte en el momento de producirse la resolución objeto de impugnación, sino que basta con que el interesado tenga dicha condición al tiempo de la interposición del recurso, satisfaciendo los requisitos de capacidad y postulación⁹. «Tercero procesal» es «quien no es parte»¹⁰. Aún no siendo parte es posible que el tercero ostente un interés directo o indirecto en la relación jurídica ventilada en el proceso, a quien puede afectar la resolución judicial aunque no haya intervenido en la primera instancia.

⁷ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M., y VALLS GOMBAU, J.F., *Derecho Procesal Práctico*, Madrid, 1998. T. I, pág. 725.

⁸ La consideramos más adecuada por abarcar parte de la problemática que en el estudio concreto de lo que denominamos apelación «reconvencional», realizamos más adelante. Específicamente, al tratar la posibilidad de impugnación de la resolución de primera instancia, por quien no siendo apelante inicial, ni ostentando la condición de parte en la primera instancia, tiene interés en la resolución por la que se considera perjudicado y decide impugnarla en lo que resulta desfavorable.

⁹ Piénsese en los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o el de casación (art. 500.1 LEC), que interpone un tercero que no ha sido parte en el proceso, pero que ha tenido conocimiento de la sentencia, como ocurre en el caso previsto por el art. 13 LEC: «El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque la consienta su litisconsorte». Y en general, todos los casos de intervención previstos en el art. 13 LEC y en algún caso de los previstos en el art. 14 LEC.

¹⁰ MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho Jurisdiccional II*, Valencia, 2000, pág. 55.

La posibilidad de intervención de este interesado «tercero procesal» ya se preveía incluso en Las Partidas, y en concreto en la Ley 4ª, Título XXIII, Partida 3ª, en la que se establecía: «*Tomar pueden alzada non tan solamente los que son señores de los pleytos o sus personeros quando fuere dado juicio contra ellos asi como desuso mostramos mas aun todos los otros á quien pertenesciese la pro et el daño que veniese de aquel juicio et esto serie como si fuese dada*»¹¹; de donde se desprende que la facultad de recurrir se reconoce a cualquiera de los litigantes que se considere perjudicado («*la pro et el daño*»), y a un extraño al pleito, pero que tenga interés en la cosa litigiosa¹². En este sentido como señala AIKIN ARALUCE, “las Partidas establecen un criterio objetivo de legitimación procesal para apelar, que únicamente considera la relación de gravamen que se establece entre la sentencia objeto de recurso, y el sujeto actor del mismo. Según este criterio no solamente están legitimados para apelar las partes, que lo fueron en la primera instancia, sino cualquier tercero que pueda deducir un interés legítimo en la causa”¹³.

Así además lo reconoció el Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 26 de febrero de 1859: “*puede apelar de la sentencia el que no ha litigado, con tal que le cause perjuicio*”¹⁴. Ese perjuicio que es precisamente el interés necesario para que el

¹¹ Ya el propio título de la Ley 4ª lo sugería: “Que aquellos á quien tañe la pro ó el daño del pleyto sobre que es dado el juicio se pueden alzar”

¹² GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Tratado Académico Forense*, págs. 175-176.

¹³ AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, op. cit., pág. 1002. Al respecto, y aunque ya hemos tratado de ello al hablar sobre el concepto de recurso, es expresiva la citada autora en la pág. 112, cuando señala que “el tema de la legitimación para apelar, tanto de las partes como de los terceros interesados, no tuvo mayor desarrollo a lo largo de seis siglos. Los autores del Siglo XIX citan todavía las leyes de las Partidas al tratar de la legitimación, y las Leyes de Enjuiciamiento simplemente no tratan la cuestión, sino que únicamente establecen una norma general sobre la capacidad procesal de las partes para comparecer en juicio, y respecto del proceso de apelación, asumen en general que el apelante y el apelado se corresponden con las partes que actuaron en la primera instancia y se les considera automáticamente legitimadas para intervenir en el proceso de segunda instancia”.

¹⁴ VICENTE Y CARAVANTES, J. de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig editores, 1856, Vol. III, pág. 15, enumera casuísticamente los supuestos que pueden darse para que el tercero esté legitimado para apelar. GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1948, T.1, pág. 1011, señala que cabe admitir la interposición del recurso por un tercero.

tercero pueda intervenir en el proceso en el que hasta este momento no había participado¹⁵.

Ahora bien, con esto no pretendemos afirmar que el tercero procesal, siempre y en todo caso que se considere perjudicado por la resolución judicial susceptible de recurso, tenga la posibilidad de interponer el recurso, y por tanto no afirmamos que todo tercero procesal está legitimado para recurrir en apelación -incluso hay un sector doctrinal que sostiene que en ningún caso los terceros pueden apelar-¹⁶. Lo que defendemos, junto con otro sector doctrinal, es que los terceros pueden recurrir siempre que sufran un gravamen como consecuencia de la resolución judicial¹⁷. Esta posibilidad debe considerarse con carácter excepcional y cumpliendo algunas exigencias: fundamentalmente, que su personación sea admisible, o bien que el tercero haya podido ser parte en el proceso donde se dictó la resolución que se quiere apelar, actuando como interviniente o sustituto procesal¹⁸.

Este sector doctrinal que se postula a favor de posibilidad de que el tercero procesal pueda impugnar en apelación la resolución judicial, parte de dos premisas: por un lado, de la identificación inicial entre gravamen y legitimación; y por otro lado,

¹⁵ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955. AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, Reus, 1982, pág. 107.

¹⁶ A diferencia de la LEC de 1881 que no definía la legitimación, la LEC establece el concepto de parte procesal legítima en su art. 10: «*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por Ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*».

Entre los autores que sostienen que en ningún caso los terceros pueden apelar, podemos citar: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 214. RICHARD GONZÁLEZ, M., *La segunda instancia en el proceso civil*, op. cit., pág. 118, quienes se basan fundamentalmente en limitación a las partes del proceso de los efectos de la cosa juzgada.

¹⁷ GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pág. 1353. ORTELLS RAMOS, M., et al., *Derecho jurisdiccional II*, Barcelona, 1994, págs. 327-328. TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos”, *Revista General de Derecho*, nº 610-611, pág. 8676. MORÓN PALOMINO, M., *Derecho Procesal Civil* Madrid, Marcial Pons, 1993, pág. 353. Todos ellos citados por OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El recurso de apelación en el proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, pág. 89.

¹⁸ En cuanto al primero: ORTELLS RAMOS, M. et al., *Derecho jurisdiccional*, op. cit., pág. 327. En cuanto al segundo: CARNELUTTI, F., *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, T. III, Buenos Aires, 1944, Pág. 640.

identificando perjuicio con los efectos perjudiciales de la cosa juzgada de la resolución judicial, bien porque le alcancen de forma directa, bien de forma indirecta o refleja, lo que se produce cuando el tercero es titular de una relación jurídica dependiente de la deducida en el proceso¹⁹.

2º.- Se deduce ante el mismo órgano que dictó la resolución que se impugna, o en su caso, y dependiendo de la regulación normativa del recurso en concreto, ante su superior jerárquico, para que los resuelva aquél órgano al que la norma le atribuye competencia para conocer del recurso.

3º.- Se formula contra una resolución judicial²⁰.

4º.- Se produce en el mismo procedimiento en que la resolución impugnada se ha dictado.

5º.- Su fin es necesariamente la modificación, anulación o sustitución de la resolución impugnada.

6º.- La resolución objeto de impugnación debe producir un perjuicio al recurrente que pretende la modificación, anulación o sustitución (revocación).

¹⁹ MONTERO AROCA, J., *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso*, Barcelona, Hispano Europea, 1972, págs. 190 y ss., extrapola la doctrina de los efectos reflejos que ya formulara IHERING, aunque en relación con el derecho material, afirmando que los actos producen efectos directos y otros efectos indirectos o reflejos que pueden afectar a terceras personas unidas por nexos de dependencia con las primeras.

En el mismo sentido, puede consultarse CEDEÑO HERNÁN, M., *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Granada, Comares, 1997, págs. 25 y ss.

²⁰ Hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de mayo de 2010, las resoluciones recurribles (y no sólo revisables) eran dictadas por quien tenía jurisdicción en los términos previstos en la LOPJ. Con posterioridad a su entrada en vigor, las resoluciones del Tribunal serán providencias, autos y sentencias; y las del Secretario Judicial serán las diligencias de ordenación y los decretos.

B.- FUNDAMENTO

Los recursos encuentran su fundamento en la falibilidad del juez, y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime desacertada, para lo cual se le da la posibilidad de impugnación que supone el recurso²¹. Precisamente por eso, porque es la parte la que considerándose gravada o perjudicada por la resolución, puede interponer recurso, se justifica la limitación del sistema de recursos tanto en cuanto a la procedencia contra concretas resoluciones judiciales, como en cuanto a la exigencia de determinados requisitos o presupuestos para recurrir. Si no existiera esa limitación, los procesos se alargarían indefinidamente.

El derecho a recurrir está implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1CE. Es un derecho de configuración legal en el sentido de que es el Poder Legislativo quien tiene la facultad de determinar tanto el número y la índole de los recursos, como los requisitos que, en un recurso concreto, determinan su admisibilidad, de manera que su ejercicio está condicionado al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos²². De ahí, que el derecho de acceso a los recursos contra las resoluciones judiciales en el proceso civil no nace de la Constitución sino de lo que en cada momento dispongan las leyes procesales²³.

Prevista en la ley la existencia de un recurso²⁴ (art. 448 LEC) o la posibilidad de impugnar una resolución judicial (art. 461 LEC), el legislador puede condicionar la

²¹ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1975, Vol. I, págs. 428-429.

²² La valoración acerca del cumplimiento de los requisitos es facultad exclusiva del órgano judicial, como expresan las Sentencias del TC 58/1995, 149/1995, 142/1996, 211/1996, 76/1997, 10/1999 y 221/1999, entre otras.

²³ Para la gran mayoría de los autores, el derecho al recurso en el proceso civil no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues éste no impone al legislador ordinario una regulación de ese proceso estableciendo recurso. Por ello afirman MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, Navarra, Aranzadi, 2003, pág. 1189: “la conveniencia de que el perjudicado por una resolución judicial pueda pedir un segundo examen de lo decidido, no se ha elevado a un elemento integrante de la tutela judicial efectiva, por lo que queda a la discrecionalidad política del legislador el prever o no recursos en el proceso”. En el mismo sentido GIMENO SENDRA, V., *Proceso Civil Práctico*, op. cit., T. V, pág. 684.

procedencia y la *admisibilidad* del recurso a la concurrencia de los presupuestos y al cumplimiento de los requisitos que estime razonables (siempre con respeto de los principios constitucionales²⁵), para una vez superados y/o satisfechos poder decidir sobre la *prosperabilidad* del recurso²⁶; presupuestos de admisibilidad que no podrán interpretar los órganos jurisdiccionales de modo que impidan o dificulten de hecho la interposición de los recursos, pues en otro caso la interpretación sí puede llegar a constituirse en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE²⁷. Así pues, toda interpretación que hagamos de la norma procesal para la resolución de las situaciones procesales que pueden producirse en un procedimiento en orden a la procedencia de un recurso, la legitimación para recurrir, el cumplimiento de los requisitos, etcétera, debe hacerse en el sentido más favorable para la formulación del recurso.

²⁴ Reposición, en los arts. 451 a 454 LEC; Revisión, en el art. 454bis LEC –introducido por el apartado 189 del art. 15 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de mayo de 2.010-; Apelación, en los arts. 455 a 467 LEC; Extraordinario por infracción procesal, en los arts. 468 a 476 LEC; Casación, en los arts. 477 a 489; Recurso en interés de Ley, en los arts. 490 a 493; y Queja, en los arts. 494 y 495 LEC.

²⁵ Obvio resulta que el legislador no puede disponer, por ejemplo, que el recurso quede abierto sólo para alguna de las partes, pues ello iría en contra del principio de la igualdad de partes en el proceso; ni establecer obstáculos a la admisión del recurso que lo hagan efectivamente imposible o difícil para una o las dos partes (discutibles resultan en este sentido los “Criterios sobre recurribilidad. Admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2.000).

²⁶ La *procedencia* del recurso se hace depender de la concurrencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia conlleva la improcedencia; la *admisibilidad* hace referencia a la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley para que pueda sustanciarse un recurso procedente, de manera que la falta de éstos conlleva la inadmisibilidad, *id est*, que el tribunal no pueda entrar a examinar la cuestión de fondo suscitada por el recurrente; y la *prosperabilidad* se refiere al fondo del recurso y determina su estimación o desestimación por carecer de fundamento.

²⁷ “*El derecho a los recursos en el proceso civil es de caracterización y contenido legal*” (STC 216/1998 [RTC 1998, 216]). “*El legislador ordinario puede, primero, establecer o no el recurso en la ley reguladora del proceso y, después, condicionarlo a los requisitos de admisibilidad que estime oportuno, siendo evidente que el que puede lo más, regular o no el recurso, tiene que poder lo menos, fijar los presupuestos y requisitos que condicionan la admisibilidad del mismo. Esto presupone, por ejemplo que: 1º) El llamado principio pro actione es algo completamente diferente al acceso al recurso, pues no puede equipararse el derecho a un asunto sea examinado por la jurisdicción y decidido por medio del proceso a que, dentro de éste, se regule o no un recurso. 2º) La interpretación de las normas reguladoras del acceso a los recursos no tiene porque ser necesariamente la más favorable al recurrente, puesto que si el derecho al recurso no tiene amparo en un derecho constitucional, sí tiene esa condición el derecho a duración razonable del proceso o sin dilaciones indebidas.*” (STC 258/2000 [RTC 2000, 258] y 6/2001 [RTC 2001, 6])

CAPÍTULO II

EL RECURSO DE APELACIÓN. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y TRAMITACIÓN

A.- ANTECEDENTES

La posibilidad de alzarse contra las decisiones de los juzgadores por parte de los litigantes, es una constante a lo largo toda de la historia, aunque en España es a partir del Fuero Juzgo elaborado por Fernando III en 1241, cuando se refunde toda la legislación que regía hasta entonces²⁸. No obstante, en el Fuero Juzgo no se regulaba ningún tipo de recurso propiamente dicho aunque existía la posibilidad de acudir al Señor de la ciudad o a un Juez que mandaba el Rey para que revisara la sentencia dictada por aquél (así en la Ley XXII, Título I, Libro II, y la Ley XXIX, Libro II, Título I)²⁹. Posteriormente, en el Fuero Real de 1255, se regularon «*de las alzadas*», en el Título XV, Libro II, que contenía nueve Leyes; y en las Leyes del Estilo (que no eran propiamente leyes sino una recopilación de la Jurisprudencia de los Tribunales supremos del Estado), se contienen varias dedicadas a las alzadas³⁰; llegándose a «*las Siete Partidas*» de Alfonso X El Sabio (1265) –cuyo antecedente a modo de ensayo lo tenemos en el Espéculo, y en concreto su Libro V, Título XIV dedicado a las alzadas³¹–, y en cuya Tercera Partida, el Título XXIII denominado «*las alcadas que facen las*

²⁸ Para la consulta y estudio de la historia de la apelación y su legislación hasta la LEC de 1855, puede consultarse ALONSO MAZPULE, M., *Los Códigos Españoles*, Madrid, Imprenta La Publicidad, 1847. VICENTE Y CARAVANTES, J. de, *Tratado histórico, crítico filosófico...*, op.cit., vol. III. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, 3ª ed., Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1910, T. I y IV. AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, Reus, 1982.

²⁹ Remitimos a la transcripción que de las mismas se hace en ARAGONESES ALONSO, P. y GISBERT POMATA, M., *La apelación en los procesos civiles. (Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios)*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2008, pág. 32.

³⁰ AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el derecho castellano*, op. cit., pág. 9, nota 20, manifiesta que: “las fuentes legales bajomedievales utilizan regularmente el término «alzada» y son las que proporcionan las definiciones que perduran a lo largo de seis siglos. Sin embargo, la literatura jurídica emplea desde el principio la voz *apellatio* en su forma latina o castellanizada”.

³¹ En el Espéculo, como refiere PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil: (facultades de las partes y poderes del tribunal “ad quem”)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 64, se distinguían tres medios de impugnación: la «alzada» o apelación, la «querella nullitatis» y, junto a éstos, la suplicación y restitución «*in íntegrum*».

partes quando se tienen por agraviadas de los juyzios que dan contra ellos», se dedica en su integridad a regular la alzada.

En síntesis, siguiendo a ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, en Las Partidas se elabora por primera vez el concepto de alzada, permitiéndose apelar a toda persona que se sintiera agraviada por la sentencia, incluidos los terceros (con la excepción del rebelde), pero ninguna mención se hace a la posibilidad de impugnación de la resolución por el apelado³².

Posteriormente, se regularon las alzadas en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, dedicándose a ello el Título XIII; en el Título XVI del Libro III del «*Ordenamiento de Montalvo*» (denominación con la que eran conocidas las Ordenanzas Reales de Castilla de 1485) utilizándose por primera vez el término «apelaciones» en vez del de «alzadas»; a continuación en la Nueva Recopilación de 1567 que reproduce literalmente la posterior Novísima Recopilación de 1805, dedicándose a las apelaciones el Título XX del Libro XI (en total veinticuatro leyes); llegando a la Constitución Española de 1812, cuya principal virtud, a los efectos que ahora interesan, es la creación de órganos judiciales específicos para el conocimiento del recurso de apelación: las Audiencias, con el carácter de Territoriales (antecedente directo de las actuales Audiencias Provinciales).

Tras diversos antecedentes, llegamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, primera Ley de Enjuiciamiento Civil española, en cuya Parte Primera, Título XVII, recoge la regulación «de las apelaciones», y primera vez que normativamente se contempla la posibilidad de la impugnación de la sentencia por el no inicialmente apelante, a través de la denominada «adhesión» a la apelación, en el art. 858 LEC de 1855³³.

³² ARAGONESES ALONSO, P. y GISBERT POMATA, M., *La apelación en los procesos civiles ...*, op. cit., págs. 37-38.

³³ *Ibidem*, págs. 43-45.

Siguieron a esta Ley varios proyectos en lo que se refiere a las apelaciones: los de D. Valeriano CASANUEVA, en cuya proposición de 1 de marzo de 1.866, retocaba la apelación en el «*trámite de adhesión*», suprimiendo los arts. 844, 845, 849 y 860; el de D. Mariano MASPONS Y LABRÓS de 21 de febrero de 1878; y la Proposición de Ley de 30 de junio de 1879 de DURÁN Y BLAS.

Con posterioridad a la Ley de 21 de junio de 1880, aprobando las bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llegamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, que a los efectos de este trabajo, ninguna modificación relevante llevó a cabo de su antecesora; ni siquiera con sus sucesivas reformas operadas hasta llegar a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, actualmente vigente, si bien ya reformada en varias ocasiones, y en la que si se producen reformas, que serán objeto de este trabajo en cuanto tengan directa incidencia en su objeto: la impugnación por el apelado de la resolución recurrida.

No queremos terminar esta breve exposición de los antecedentes sin hacer una breve referencia a las diferencias más importantes que introdujo la LEC de 2000 respecto a la ALEC de 1881. Así, en la ALEC de 1881, la sistemática era francamente deficiente, imperando la dispersión normativa, de manera que en distintas sedes se establecían cuestiones muy dispares como las reglas de admisión en uno o ambos efectos y la ejecución provisional en los arts. 381 a 400; los trámites especiales para el juicio declarativo de menor cuantía en los arts. 702 a 713, para el juicio verbal en los arts. 732 a 737 y para los juicios de mayor cuantía en los arts. 855 a 866 y 879 y 880, además de las disposiciones comunes sobre personación, desistimiento y adhesión en los arts. 840 a 854. Tal era la dispersión que para poder tener una visión completa del recurso de apelación era necesario acudir a leyes sustantivas en las que se establecían los llamados procesos especiales, como la Ley de marcas, de patentes, o de competencia desleal, entre otras.

Aparte de que en la LEC de 1.881 no se preveía expresamente para recurrir la exigencia de gravamen, el ámbito del recurso o la prohibición de la *reformatio in peius*, se configuraba el recurso de apelación como un recurso ordinario tipo, que impedía la

firmeza de la resolución recurrida, de carácter devolutivo y con claro efecto suspensivo al evitar la ejecución de la resolución recurrida, salvo los casos en que se admitía el recurso de apelación en un solo efecto.

Por su parte, la LEC de 2000, trata de solventar las principales críticas a la regulación anterior. Así, se establece un único procedimiento de apelación regulado en los arts. 455 a 467, siéndole de aplicación las disposiciones generales previstas en los arts. 448 a 450. Igual que su predecesora, la apelación se configura como el recurso ordinario tipo, devolutivo, que impide la firmeza de la resolución recurrida. Sin embargo, se permite la ejecución provisional de la sentencia apelada, por lo que desaparece el efecto suspensivo (ya no se prevé la admisión en uno o ambos efectos). Además, el art. 448.1 exige la concurrencia de gravamen (art. 448.1 LEC); se prevé la prohibición de la *reformatio in peius* en el art. 465.4 LEC, y se fija el ámbito del recurso de apelación en el art. 456 LEC, que viene a conjugar los tradicionales sistemas de apelación plena y apelación limitada, de manera que el tribunal competente para resolver la apelación necesariamente habrá de partir de las alegaciones de hecho y de derecho, así como de las pretensiones formuladas en primera instancia³⁴.

³⁴ Art. 456.1 LEC: «En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Por otra parte, en el Apartado XIII de la Exposición de Motivos de la LEC de 2000 se expone: «Esta Ley contiene una sola regulación del recurso de apelación y de la segunda instancia, porque se estima injustificada y perturbadora una diversidad de regímenes. En razón de la más pronta tutela judicial, dentro de la seriedad del proceso y de la sentencia, se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y sólo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia. Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias. Y con la oportuna disposición transitoria, se pretende que este nuevo régimen de recursos sea de aplicación lo más pronto posible.

La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso. Se regula, coherentemente, el contenido de la sentencia de apelación, con especial atención a la singular congruencia de esa sentencia.

Otras disposiciones persiguen aumentar las posibilidades de corregir con garantías de acierto eventuales errores en el juicio fáctico y, mediante diversos preceptos, se procura hacer más sencillo el procedimiento y lograr que, en el mayor número de casos posible, se dicte en segunda instancia sentencia sobre el fondo»

Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable.

B.- CONCEPTO

Desde un punto de vista etimológico, apelación proviene del latín *appellatio*, cuyo significado es llamamiento o reclamación. En sus orígenes, antes expuestos, le daban el nombre de alzada en el sentido de reclamación ante un superior, hasta las Ordenanzas Reales de Castilla en que apareció por primera vez el término apelación.

Desde entonces, son múltiples las formulaciones que a lo largo de la historia se han hecho del concepto de recurso de apelación³⁵. Así, ORTELLS RAMOS lo define como el recurso mediante el cual en función de la naturaleza de la resolución apelada, o bien se abre la segunda instancia o bien se somete al conocimiento de un órgano jurisdiccional de grado superior una resolución de dirección procesal³⁶. GRAU PÉREZ define el recurso de apelación como un recurso ordinario que permite un nuevo examen del asunto, ya resuelto en la instancia, por un tribunal superior al objeto de privar de eficacia jurídica a la resolución impugnada, es decir, al resultado procesal obtenido, y sustituirla en su caso, por otra favorable a los intereses del recurrente³⁷.

Por su parte, ALMAGRO NOSETE, en 1.993, y sin alejarse en lo sustancial de la definición ofrecida dos siglos antes (en 1794) por el CONDE DE LA CAÑADA con una legislación muy diferente, definía el recurso de apelación como un recurso ordinario y devolutivo, contra resoluciones y sentencias equiparadas –en este caso el recurso tiene generalmente carácter suspensivo-, y otras resoluciones gravosas para las partes que lo

La Ley conserva la separación entre una inmediata preparación del recurso, con la que se manifiesta la voluntad de impugnación, y la ulterior interposición motivada de ésta. No parece oportuno ni diferir el momento en que puede conocerse la firmeza o el mantenimiento de la litispendencia, con sus correspondientes efectos, ni apresurar el trabajo de fundamentación del recurso. Pero, para una mejor tramitación, se introduce la innovación procedimental consistente en disponer que el recurrente lleve a cabo la preparación y la interposición ante el tribunal que dicte la resolución recurrida, remitiéndose después los autos al superior. Lo mismo se establece respecto de los recursos extraordinarios.

³⁵ Veremos cómo en lo sustancial coinciden con lo que hemos venido entendiendo por «adhesión a la apelación», y nosotros denominamos apelación «reconvencional».

³⁶ Citado en PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil...*, op. cit., pág. 59.

³⁷ GRAU PÉREZ, J. A., *La impugnación del inicialmente apelado: Adhesión a la apelación*, Madrid, Dijusa, 2005, pág. 80.

utilizan, que se plantea ante el mismo órgano judicial que las dictó, y que resuelve un tribunal superior una vez recibidas las actuaciones o testimonio suficiente, mediante nueva sentencia que revoca o confirma, total o parcialmente, o anula la anterior³⁸.

Su configuración y naturaleza es la de tratarse de una fase del proceso de declaración que comporta una revisión de la primera instancia, a través de un nuevo examen de la cuestión litigiosa sobre la base del mismo material fáctico y jurídico utilizado en la primera instancia del proceso, sin perjuicio de la introducción de nuevos hechos o nuevas pruebas en los supuestos expresamente previstos por la ley.

La segunda instancia es una fase procesal, a la que, como afirma FERNÁNDEZ BALLESTEROS, “se accede sólo por medio del recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia definitiva que cierra la primera instancia”³⁹. Pero no todo recurso de apelación abre la segunda instancia: no abre la segunda instancia el recurso de apelación que prevé el art. 41.2 LEC contra el auto que acuerda la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal, el art. 43.2 LEC en los casos de prejudicialidad civil; tampoco el recurso de apelación que prevé el art. 66.1 LEC contra el auto por el que el órgano judicial se abstiene de conocer de un asunto por haberse sometido la cuestión a arbitraje, por ejemplo; o en fin, los recursos de apelación que prevén los arts. 235.4 o 552 LEC. Efectivamente, como ocurre en la generalidad de los sistemas procesales de nuestro entorno, la segunda instancia se abre con el recurso de apelación –recurso ordinario típico, como pusimos de manifiesto-, aunque sean cosas distintas, o conceptos no

³⁸ ALMAGRO NOSETE, J. y TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1993, T.I-1, pág. 477.

Como indicamos, ACEDO Y RICO, J. (CONDE DE LA CAÑADA), *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarias como extraordinarias*, Madrid, 1794, T. I, pág. 120, define el recurso de apelación: “...el remedio de la apelación es necesario y utilísimo. Por él enmiendan los Jueces superiores los agravios que los inferiores causan en sus sentencias definitivas o interlocutorias por ignorancia o malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que han tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia; se evitan los perjuicios e iniquidades que tal vez cometieran algunos jueces inferiores si no temieran que otros jueces los descubriesen; finalmente, este remedio llena de satisfacción a los interesados al ver que concurren muchos jueces a declarar su derecho...”.

³⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Derecho Procesal, op. cit.*, vol. II., pág. 535

equivalentes: sólo la apelación interpuesta contra una sentencia definitiva abre el acceso a la segunda instancia del proceso⁴⁰.

Esto es, la segunda instancia se abre a petición de parte o tercero legitimado para ello, por la vía del recurso, y se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior con el fin de permitir un nuevo examen de la cuestión litigiosa sobre la que ya ha recaído sentencia definitiva. Presupone por tanto: a) la finalización de la primera instancia, iniciándose la segunda con la resolución admitiendo el recurso de apelación; b) solamente se abre a instancia de parte (también de tercero, en los términos antes expuestos al hablar del concepto de «recurso»), pues como todo recurso, requiere de una actividad expresa de la parte perjudicada con el fallo, produciéndose en otro caso la firmeza de la sentencia y los efectos con plenitud de la cosa juzgada material⁴¹; c).- el conocimiento por un tribunal superior (455 LEC); y d) su fin, es que un juez superior emita un nuevo juicio sobre lo ya pedido y decidido en primera instancia, tanto en lo fáctico como en lo jurídico⁴².

Ahora bien, dentro de los sistemas procesales, encontramos dos tipos de apelación: el de *apelación plena* y el de *apelación limitada*. Así, el primero es de naturaleza innovadora o renovadora del anterior proceso; se trata de un nuevo proceso (*novum iudicium*) continuador del anterior, en el que respetándose sustancialmente las posiciones de las partes, se pueden alegar excepciones no planteadas en la primera

⁴⁰ Ibídem, pág. 535, FERNÁNDEZ BALLESTEROS señala que aunque con indeseable frecuencia se utilizan como sinónimos, apelación y segunda instancia, no son términos equivalentes, ya que no toda apelación origina una segunda instancia, sino sólo aquellas que se interpongan frente a una sentencia definitiva sobre el fondo.

⁴¹ Si ninguna de las partes o interesados apela la sentencia, se produce la preclusión de todo ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (222 LEC).

⁴² En estos términos se expresa FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. con DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal*, op. cit., vol. II., pág. 536.

Señalemos, que no es desconocido que el recurso de apelación tiene una doble finalidad, aunque por razones de espacio nos centremos exclusivamente en la segunda de ellas:

1ª.- el recurso de apelación es el cauce establecido para la impugnación de resoluciones de carácter procesal dictadas en la primera instancia del proceso. En este caso no se pretende la reforma de la resolución recurrida, sino su declaración de nulidad para que el proceso en primera instancia se lleve conforme a la tramitación prevista en la Ley.

2ª.- Mediante el recurso de apelación, la parte perjudicada por la sentencia dictada en primera instancia abre la segunda instancia del proceso, lo que se consigue a través, precisamente, del recurso de apelación pero contra una sentencia definitiva de fondo, accediendo a una segunda fase en la que se va a conocer el asunto por segunda vez, aunque con ciertas limitaciones.

instancia e introducir hechos -bien acaecidos con posterioridad a la sentencia recurrida (los *nova producta*, admitidos en el art. 456.1 en relación con el art. 270.1.1º), bien acaecidos con anterioridad pero conocidos después del período de alegación y prueba de la primera instancia (*nova reperta*, admitidos en el art. 456.1 en relación con el art. 270.1.2º y 3º LEC)-, practicándose en principio todo tipo de pruebas. En este sistema se busca obtener una nueva resolución judicial que recaerá sobre la totalidad del material introducido y debatido en ambas instancias, de manera que la posibilidad de innovar (el llamado *ius novorum* en apelación), es prácticamente ilimitada, pues únicamente se veda a la formulación de pretensiones nuevas no esgrimidas en la primera instancia –al margen de las accesorias o complementarias que sí se permiten-, o que no guarden conexión alguna con lo que ha constituido el objeto procesal.

El segundo –sistema de apelación limitada-, se configura como revisorio del proceso anterior, con el fin de depurar sus resultados por medios autónomos que conducen a una revisión de la actuación del juez inferior ante los materiales del proceso (*revisio prioris instantiae*). Todo el material de la primera instancia (acción, excepciones planteadas, y pruebas practicadas) pasa al Tribunal superior que mediante un nuevo conocimiento y estudio, en ejercicio de potestades de control meramente negativo de revisión de la sentencia, realiza un juicio complementario o vinculado al anterior, pero no sobre material de hecho y probatorio distinto, con algunas excepciones⁴³. Es decir, que a diferencia del anterior tipo de apelación, en el de apelación limitada rige la prohibición del *ius novorum*.

Es este sistema de apelación limitada, con alguna concesión de la plena en cuanto luego veremos, el que adopta nuestra LEC⁴⁴ (coincidente en sus líneas

⁴³ En el sentido de lo dispuesto por el art. 456 LEC: “... con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia ... mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación”.

⁴⁴ Así lo refiere la STS de 15 de marzo de 2.002 (RAJ 2842/2002): “El problema planteado hace referencia al efecto devolutivo del recurso de apelación, con arreglo al que la «cognitio» del órgano jurisdiccional «ad quem» abarca todas las cuestiones, fácticas y jurídicas, del pleito que se hayan sometido al mismo por las partes, pues, aunque nuestro sistema procesal, a diferencia del de otros países, no reconoce la apelación plena, en el sentido de que no cabe plantear (salvo aspectos excepcionales) cuestiones nuevas («pendente appellatio nihil innovetur»), sin embargo permite, dentro de lo postulado («tantum devolutum, quantum appellatum»; y apelación adhesiva), un nuevo examen del pleito («revisio

fundamentales con el previsto en la LEC de 1.881): la primera instancia supone el enjuiciamiento de unos hechos concretos y alegados, juzgados bajo el derecho aplicable –alegado por las partes, o aplicado por el juzgador en virtud del principio *iura novit curia* (arts. 218.1.II LEC)-; la apelación consiste en revisar aquellos hechos y su encuadre jurídico, y sólo con este fin se permite excepcionalmente el recibimiento a prueba y aportación de documentos en segunda instancia (arts. 460 y 464 LEC). En parecidos términos se expresa la Exposición de Motivos de la LEC de 2000: «*La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada y, si ésta es una sentencia recaída en primera instancia, se determina legalmente que la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso. Se regula, coherentemente, el contenido de la sentencia de apelación, con especial atención a la singular congruencia de esa sentencia*».

La concesión a la apelación plena que se acoge en la LEC de 2.000, es la que se establece precisamente en el art. 456 LEC, al señalar «... *que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente*»⁴⁵. Es decir, el

prioris instantiae»), tanto en lo que hace referencia a la fijación de los hechos, como a la cuestión jurídica, de tal modo que el órgano jurisdiccional «ad quem» se halla investido de los mismos poderes que el juzgador «a quo». En el mismo sentido se expresa el TS en sentencia núm. 1083/2007 de 9 octubre (RJ 2007\6810) entre otras, y nuestras Audiencias Provinciales: APr Castellón (Sección 1ª) Sentencia núm. 10/2011 de 14 enero (JUR 2011\119475) y AP Castellón (Sección 1ª), sentencia núm. 108/2010 de 17 junio. JUR 2010\312598; AP León (Sección 2ª), sentencia núm. 59/2009 de 20 febrero. JUR 2009\188475; AP Zamora (Sección 1ª), sentencia núm. 160/2008 de 14 octubre. JUR 2009\122625; entre otras.

⁴⁵ Se acoge de esta manera la doctrina científica elaborada a la luz de la LEC de 1881. DE LA OLIVA SANTOS indica al respecto: “Una construcción intermedia de la segunda instancia es la que, desde hace siglos, acoge nuestro Ordenamiento Jurídico: el tribunal de segunda instancia puede revisar el juicio de primera instancia, tanto en sus aspectos fácticos como en los jurídicos, pero, de ordinario, sólo sobre la base de los materiales de primera instancia y sin que se admita un sustancial cambio de planteamiento del caso. Se trata, suele decirse, más de una *revisio prioris instantiae* (revisión del juicio de instancia) que de un *novum iudicium* (nuevo juicio). Esta expresión de las características de la segunda instancia puede aceptarse por los conocedores de los distintos modelos y subraya que el caso de la segunda instancia no puede ser distinto del de la primera ni plantearse de modo sustancialmente distinto. Pero, con todo, la expresión *revisio prioris instantiae*, entraña alguna inexactitud y puede generar confusiones, pues, por un lado ninguna duda cabe que la segunda instancia se configura para que haya un nuevo juicio, que puede contener “novedades” tanto en cuanto a la reconstrucción de los hechos como en la aplicación del derecho. Y por otra parte, aunque la segunda instancia civil de nuestro ordenamiento alberga y supone, sin duda, posibles actos de revisión de lo resuelto en primera instancia, su finalidad no es ni exclusiva ni primordialmente revisora; no se busca sobre todo comprobar si se han cometido errores jurídicos en los procesal o en lo sustantivo en el llamado “juicio de hecho”, sino ofrecer una nueva respuesta a unas concretas pretensiones de tutela jurisdiccional” (DE LA OLIVA SANTOS, A., et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 445)

tribunal de segunda instancia no se limita a revisar y en su caso anular la resolución definitiva de primera instancia, sino que cuando la revoca, en vez de devolver el conocimiento del asunto al tribunal que conoció del mismo, procede a dictar el fallo que considera ajustado a derecho dentro de los límites propios de la segunda instancia: los consistentes en las alegaciones, pruebas y medios de ataque y defensa de la primera instancia; y los de posible introducción al amparo del art. 460.1 y 2 LEC (*nova producta, nova reperta*, y práctica en segunda instancia de las pruebas indebidamente denegadas en la primera instancia o que no hubieren podido practicarse; a lo que debe añadirse la posibilidad contemplada en el art. 460.3 LEC de remediar en segunda instancia la carencia probatoria ocurrida en la primera por hallarse el demandado en rebeldía por causa que no lo fuera imputable, si es que se persona en las actuaciones después del momento previsto para la proposición de prueba en primera instancia).

En este diseño, que como señalamos, mantiene los rasgos tradicionales, el legislador ha optado por mantener la llamada «adhesión a la apelación»: *«Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable»* (Apartado XIII, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos de la LEC de 2000).

C.- TRAMITACIÓN

Se distinguen dos momentos en la tramitación del recurso de apelación: el primero de ellos, de promoción y sustanciación, se refiere al conjunto de actuaciones seguidas ante el órgano judicial que dictó la concreta resolución impugnada (de ordinario, el Juzgado de Primera Instancia, aunque también puede ser el Juzgado de Paz), y consiste en los escritos de *preparación e interposición* del recurso, con el correspondiente traslado a las demás partes en aras al principio de audiencia y contradicción, y para que puedan en su caso, formular *oposición y/o impugnación*; y el segundo de decisión, que se ventilará ante el órgano superior (de ordinario la Audiencia

Provincial, aunque también es válido para los Juzgados de Primera Instancia como Tribunal superior), y comienza con la remisión de los autos al órgano superior.

C.1.- FASE ANTE EL ÓRGANO A QUO

a) La preparación

El recurso se prepara ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución que se recurra mediante un escrito en que el apelante se limitará a cumplir tres requisitos: anunciar el recurso en el plazo de cinco días desde la fecha de notificación de la resolución, citar la resolución apelada, y manifestar su voluntad de recurrir expresando los concretos pronunciamientos que impugna (art. 457 LEC)⁴⁶.

Su finalidad la expresa la Exposición de Motivos de la LEC, y consiste en determinar si la litis permanece pendiente o si, por el contrario, la resolución de primera instancia gana firmeza. Presentado el escrito de preparación ante el órgano jurisdiccional que dicta la resolución recurrida, el Secretario Judicial se pronunciará sobre su admisión (mediante diligencia de ordenación –art. 457.5 LEC-), o si considera que procede la inadmisión dará cuenta al Tribunal para que se pronuncie: si el Tribunal considera que procede la admisión, la acordará por providencia; si considera que procede la inadmisión, la acordará mediante auto, recurrible en queja (art. 457.4 LEC). La resolución sobre admisión o inadmisión, se prevé a los solos efectos de tener o no

⁴⁶ Se ha de advertir que conforme a la ya reiterada jurisprudencia, de entre la que podemos citar por su claridad expositiva las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) de 11 de julio de 2.002 y 4 de marzo de 2.004, y en el Auto de 12 de enero de 2.006, esenciales solo deben considerarse los dos primeros requisitos (el anuncio del recurso en el plazo y la cita de la resolución apelada). Así con respecto al tercero (la expresión de los concretos pronunciamientos que se impugnan) “*si bien no se mencionan en el escrito de preparación del recurso de apelación los pronunciamientos que impugna conforme al art. 457.2, siendo la sentencia estimatoria de la demanda, debe entenderse que la impugnación debe ir referida a la totalidad de los pronunciamientos que en la misma se contienen, puesto que debe ser facilitado el acceso a los recursos conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE, consistente en obtener una resolución fundada en derecho que resuelva la cuestión de fondo debatida*”.

Es decir, que la falta de expresión individualizada de los pronunciamientos que se recurran permite suponer que se impugna la resolución en su integridad o, al menos, todos aquellos pronunciamientos que sean desfavorables para el recurrente, pudiendo reducirse el ámbito de la apelación a algún pronunciamiento concreto en el escrito de interposición del recurso.

por preparado el recurso, examinando la competencia, la recurribilidad de la resolución, los requisitos de postulación, forma y contenido, los requisitos especiales del art. 449 LEC y la observancia del plazo. Si se admite la preparación del recurso, la sentencia queda privada en su totalidad del efecto de cosa juzgada formal, y en la resolución de admisión se ordenará emplazar a la parte recurrente por veinte días para que lo interponga, si le conviniere, conforme a lo previsto en los arts. 458 a 460 LEC.

Decimos que la sentencia queda privada en su totalidad del efecto de cosa juzgada formal, porque aun cuando el apelante limite su impugnación a sólo parte de los pronunciamientos de primera instancia, esta limitación no conlleva por el momento la firmeza de los pronunciamientos no recurridos, incluso en el caso de pluralidad de acciones y el escrito de preparación sólo se refiriera a parte de ellas, ya que, como veremos, cabe la posibilidad de que el inicialmente apelado a la vista del escrito de interposición del apelante inicial, impugne a su vez la sentencia.

b) La interposición

Regulada en el art. 458 LEC, supone la formalización del recurso mediante la exposición desde el punto de vista fáctico y jurídico de los fundamentos en los que se basa el recurso, sometido a dos requisitos: el del plazo, que es de veinte días a contar desde la fecha de notificación de la providencia emplazando al recurrente; y el de la forma, pues el escrito de interposición debe ser motivado, exponiéndose las alegaciones en que la parte recurrente fundamenta la impugnación de la resolución que recurre, y sin que pueda ampliar el objeto delimitado en el escrito de preparación, tanto en lo que se refiere a la resolución que se impugna, como a los pronunciamientos que son objeto de impugnación.

Si la parte recurrente procede a interponer el recurso dentro del plazo, se consolidarán los efectos que eventualmente produjo la admisión a trámite de la preparación, y por tanto: la resolución recurrida no adquirirá firmeza y se mantendrán los efectos de la litispendencia hasta que el recurso se resuelva; y en determinados

casos el recurso carecerá de efectos suspensivos –art. 456.2 LEC- (cuando la resolución recurrida sea una sentencia desestimatoria de la demanda o un auto que ponga fin al proceso, o de aquellos en que la ley permite expresamente su apelación).

Ahora bien, si la parte recurrente no llega a formalizar el recurso mediante su interposición en el plazo concedido, el recurso se declarará desierto por el Secretario Judicial, quedando firme la resolución recurrida⁴⁷. Los efectos de esta declaración de desierto son los previstos en el art. 207 LEC: la firmeza de los pronunciamientos de la resolución recurrida y que se señalaron como objeto del recurso en el escrito de preparación (art. 207.2 LEC); se producirán los efectos de la cosa juzgada –tanto formales como materiales- (art. 207.3 LEC), y por tanto cesarán los de la litispendencia.

c) La sustanciación

Interpuesto el recurso de apelación por el apelante, y con el fin de garantizar los principios de audiencia y contradicción, del escrito de interposición se dará traslado a las demás partes, disponiendo el órgano jurisdiccional la apertura de una fase de audiencia mediante el emplazamiento de las demás partes personadas para que puedan oponerse al recurso o, en su caso, impugnar la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable (art. 461 LEC). Este emplazamiento a las demás partes, constituye una carga, que no obligación, a la parte recurrida, que potestativamente puede llenarla o no. Esto es, puede oponerse al recurso interpuesto por el apelante o dejar transcurrir el plazo sin hacerlo, incluso guardar silencio; y además, porque así lo prevé expresamente el art. 461.1 LEC, las demás partes pueden presentar escrito de impugnación de la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable, hayan o no formulado oposición, pues el plazo para formular oposición e impugnar la sentencia es común.

Si deciden formular *oposición* al recurso lo llevarán a cabo en la misma forma establecida para la interposición del recurso (arts. 461.2 y 458 LEC), efectuando las

⁴⁷ Obvio es que lo mismo ocurrirá con respecto a los pronunciamientos del fallo contra los que se anunció la preparación del recurso de apelación, y que no fueron combatidos en el escrito de interposición del recurso, pues el apelante, por virtud del principio dispositivo, puede interponer el recurso de apelación contra todos o sólo algunos de los pronunciamientos que señaló en el escrito de preparación del recurso.

alegaciones que consideren oportunas tanto en lo relativo a la procedencia y admisibilidad del recurso (art. 457.5 LEC), como a su fundamento o estimación, de forma correlativa al orden seguido por el recurrente.

Igualmente, como señalamos y prevé el art. 461 LEC, los apelados pueden formular *impugnación* de la resolución ya apelada en lo que les resulte desfavorable, trámite al que dedicamos los siguientes apartados de este trabajo, bastando por el momento señalar en cuanto a la tramitación que en tal caso de impugnación por los apelados, del escrito se dará traslado al apelante principal para que en el plazo de diez días haga las alegaciones que estime por convenientes (art. 461.4 LEC); estableciéndose de esta forma, una nueva carga para quien por virtud de la impugnación por el no inicialmente apelante, adquiere la condición de apelado junto con la que ya ostentaba de apelante inicial. Es precisamente este trámite previsto en el art. 461 LEC de tardía impugnación, el que más casuística ofrece en la práctica diaria ante los tribunales, sin duda porque ofrece un amplio margen a la estrategia procesal, y no precisamente por carencias en la redacción del precepto, que aunque siempre mejorable, es bastante acertada y evidencia el esfuerzo de los redactores en la regulación por primera vez de forma separada de un recurso de apelación común a todos los procedimientos, terminando, como ya hemos dicho, con la dispersión de una regulación para cada procedimiento como la que contenía la antigua LEC (a ella, a la LEC de 1.881, nos referiremos en adelante como ALEC).

Interpuestos los recursos de apelación, y presentados en su caso los escritos de oposición y/o impugnación (y en este último caso, el escrito de oposición a la impugnación por el apelante principal), el Secretario Judicial del órgano que dictó la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al Tribunal competente para resolver el recurso de apelación, con emplazamiento de las partes por término de treinta días, dándose así inicio al segundo de los momentos que señalábamos, en que consiste la tramitación del recurso de apelación.

C.2.- FASE ANTE EL ÓRGANO *AD QUEM*

Las actuaciones ante el órgano decisor, dependerán de si apelante principal, opositor y/o impugnante, en sus respectivos escritos de interposición, oposición e impugnación, hicieron o no uso de la facultad de aportación de documentos y proposición de prueba que el art. 460 LEC concede al primero, y el art. 461.3 LEC concede a los segundos; así como de si el órgano decisor acuerda o no la celebración de vista, que las partes pudieron solicitar en los escritos de interposición, oposición y/o impugnación, y que acordará en cualquier caso cuando acuerde la admisión de la práctica de prueba distinta de la documental.

Si se aportaron documentos o propuso práctica de prueba, en los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por el órgano *ad quem*, éste proveerá sobre la aportación o propuesta. En ambos casos resolverá sobre la admisibilidad de los documentos o resto de prueba propuesta con base en los arts. 460 y 270 LEC, mediante resolución judicial con forma de auto, de manera que si resuelve la admisibilidad de los medios de prueba propuestos, además el Secretario Judicial señalará día y hora para la celebración de la vista en que hayan de practicarse.

Señalada la celebración de vista porque se admita la práctica de prueba en segunda instancia, o porque el tribunal *ad quem* la considere procedente, y que en cualquier caso se llevará a cabo conforme a las normas generales contenidas en los arts. 185 y ss. LEC, o acordada la decisión del recurso sin celebración de vista, el tribunal *ad quem* resolverá el recurso mediante sentencia o auto, según proceda⁴⁸.

⁴⁸ El art. 465.4 LEC prevé incluso la posibilidad de resolver por providencia, en el caso en que deba declararse la nulidad radical de actuaciones.

CAPÍTULO III

LA IMPUGNACIÓN POR EL APELADO: LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

A.- ANTECEDENTES

El esquema inicial del recurso de apelación contra la resolución que pone fin a la primera instancia, es el de la preparación e interposición del recurso de apelación por una de las partes –ya sea la activa o la pasiva- (arts. 457 y 458 LEC), contra los pronunciamientos de la resolución que le causan un perjuicio. De esta manera en la segunda instancia, tendremos una parte apelante que es quien toma la iniciativa, y una parte apelada que es la que sufrirá las consecuencias de la revocación de la sentencia a favor del apelante. Pero este esquema inicial puede verse alterado por la posibilidad que el ordenamiento jurídico procesal concede al apelado de impugnar la sentencia previamente apelada (art. 461.1 LEC), adquiriendo así la condición de apelante frente al originario apelante, que a su vez adquiere la condición de apelado. *“De dos modos pueden los litigantes mantener la apelación: Una, interponiendo directamente el recurso y, otra, adhiriéndose al que utilizó la contraria”* (STS de 20 de junio de 1.942, RJA 890/1942).

Los historiadores del Derecho, afirman que en el Derecho romano clásico se desconocía la posibilidad de que el apelado a su vez impugnara la sentencia, y ello porque, como señala VICENTE Y CARAVANTES, entonces se pensaba que el que no apela la sentencia, la aprueba y ratifica, y no puede ir contra su propio hecho, debiendo limitarse a pedir la confirmación de la sentencia⁴⁹.

Parece que se prevé esta posibilidad por primera vez ya en la etapa post-clásica del Derecho romano. Inicialmente se configuró como un sistema de «comunidad de apelación», en virtud del cual una vez interpuesto recurso de apelación nada impedía al

⁴⁹ VICENTE Y CARAVANTES, J. de, *Tratado histórico, crítico filosófico ...*, op. cit., vol. II, pág. 412.

Tribunal *ad quem* modificar la sentencia a favor del apelado y en perjuicio del apelante, aunque el primero no fuere recurrente, por lo que carecía de sentido la adhesión a la apelación (no existía la prohibición de la *reformatio in peius*). Esta etapa se supera con la Ley 39 del Cod. De Apellationibus, que permite a la parte inicialmente apelada y no recurrente pedir al juzgador superior, como consecuencia de la apelación contraria, la reforma de la sentencia dictada por el juzgador inferior en aquello que le resultase gravoso o perjudicial⁵⁰. Ello no obstante, lo cierto es que ni en el Fuero Juzgo, ni en las Partidas se contemplaba esta misma posibilidad, hasta que se recoge expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.855 con el siguiente fundamento que expresa VICENTE Y CARAVANTES:

“La parte que no apela de la sentencia en algún artículo que le perjudica, se acerca más al espíritu de las leyes que desean la brevedad y fenecimiento de los pleitos, pues en cuanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho de no apelar, prefiriendo pasar por el daño que le causa la sentencia, á continuar el pleito con grave perjuicio de la causa.

Estas loables intenciones quedan frustradas por la apelación de la parte contraria, y no aparece justo por lo mismo hacerla de mejor condición que á la bien intencionada.

La aprobación que se induce del hecho de ni apelar no pasa de una presunción; el consentimiento no fue absoluto y expresivo, ni determinado á reconocer la justicia de la sentencia; tuvo por causa y objeto evitar mayores gastos y dilaciones acabándose el pleito con aquella sentencia: faltó por la apelación contraria esta condición ínsita y natural; justo es pues en estas circunstancias que la parte que calló quede

⁵⁰ PALLARES, E., *Derecho Procesal Civil*, Méjico, 1989, pág. 467, recoge la justificación: “Mas cuidados, tal vez, que ellos mismos en proveer a los intereses de nuestros súbditos, hemos creído que es nuestro deber corregir en provecho de ellos un uso observado hasta el día de hoy, que consiste en que las apelaciones sólo el apelante tenía derecho a corregir la sentencia, mientras que su adversario que no había apelado, estaba obligado a cumplirla sea cual fuere el tenor de la misma. Es por ello que ordenamos que una vez que el litigio se haya llegado al conocimiento del juez de apelación por la parte apelante, su adversario puede, después de que aquel haya expuesto sus agravios, combatir la sentencia, si lo hace a tiempo, aunque no haya apelado y lograr que se admitan sus conclusiones si el Juez las encuentra conforme a las leyes y a la justicia. Si la parte no apelante está ausente, el juez, sin embargo debe velar por sus intereses”.

por la adhesión en aptitud de gozar de las mismas ventajas que el apelante”⁵¹.

La LEC de 1881 por su parte también reconoce al apelado la posibilidad de «adherirse» a la apelación en los arts. 858 y 952, aunque sin desarrollar su régimen y sin especificar su concreto significado, que hubo de elaborarse doctrinal y jurisprudencialmente⁵².

La calificación de esta apelación como «adhesiva», se ha entendido por la doctrina en distintos momentos con un doble sentido: por un lado, como un recurso dirigido a apoyar, coadyuvar o reforzar el inicialmente interpuesto; por otro, como una nueva oportunidad que la ley concede a quien aún pudiendo haber recurrido inicialmente y no lo hizo, pueda impugnar ante la apelación interpuesta por la otra parte y el supuesto mayor perjuicio que pudiera suponerle. En este segundo sentido se configuraba la adhesión a la apelación, en la que el apelante adhesivo defiende un interés propio recurriendo lo que le perjudica⁵³.

B.- OBJETO

Si como antes señalábamos uno de los fines del recurso de apelación es la apertura de la segunda instancia, no ocurre lo mismo con la impugnación de la resolución judicial de la primera instancia por el apelado, o no inicialmente apelante, pues cuando el apelado –que adquiere esa condición por la existencia previa de un

⁵¹ VICENTE Y CARAVANTES, J. de, *Tratado histórico, crítico filosófico...*, op. cit., T. II, pág. 413.

⁵² Art. 885 LEC 1881 al regular el recurso de apelación en el juicio de mayor cuantía decía: «*En dicho escrito deberá el adherirse a la apelación sobre los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia. Ni antes ni después podrá utilizar este recurso*»; y el art. 892 LEC 1881 al regular el recurso de apelación contra sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía: «*En este escrito deberá el apelado adherirse a la apelación sobre los extremos en que crea le es perjudicial la sentencia o auto de que se trate. Ni antes ni después podrá utilizar este recurso*».

⁵³ Muestra evidente era el art. 858 LEC de 1881, que reconoce al apelado la facultad de adherirse «*sobre los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia*». Y en el mismo sentido lo ha venido entendiendo la jurisprudencia, como una “*ocasión que la Ley brinda al apelado para que, después de conocer la impugnación de su oponente, puede recurrir también él contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales*” (STS de 20 de abril de 1.994 – RJA 3314/1994; y en el mismo sentido 25 de enero de 1.978 –RJA 15/1978- y 25 de noviembre de 1.996 –RJA 9119 /1196-, entre muchas otras).

recurso de apelación interpuesto por el inicialmente apelante-, impugna la sentencia en ejercicio de la facultad que le reconoce en el art. 461.1 LEC, la segunda instancia ya está abierta.

Su finalidad, por tanto no es la apertura de la segunda instancia, sino la ampliación del objeto de la segunda instancia, integrándose en la previamente abierta por el recurso de apelación inicial, resolviéndose en la misma sentencia que resuelve aquélla pero con una pretensión diferente y contradictoria⁵⁴.

Por otra parte, y comoquiera que antes señalábamos que precisamente uno de los principales avances de la LEC de 2.000 es la unificación de la regulación del recurso de apelación, la previsión en el art. 461 de la LEC de la «*apelación adhesiva*», debe llevarnos a concluir que cabe su interposición frente a cualquier resolución que sea susceptible de recurso de apelación, esto es, las dictadas por los juzgados en primera instancia (art. 82 LOPJ)⁵⁵, y que se enumeran en el art. 455.1 de la LEC: *Sentencias* que ponen fin al proceso en la primera instancia, una vez concluida la tramitación ordinaria prevista por la ley (206.2.3ª LEC), y las que resuelven sobre la pretensión o pretensiones procesales en sentido estimatorio o desestimatorio⁵⁶; *autos definitivos*, esto es, aquéllos que sin pronunciarse sobre la pretensión procesal, producen la terminación del proceso, como ocurre, por ejemplo, con los que estiman la falta de presupuestos procesales o la concurrencia de impedimentos procesales alegados por la parte, o también como ocurre con los que dan por terminado el proceso a causa de hechos jurídicos y actos de parte dirigidos a producir esa terminación; y los *autos que la ley expresamente señale*, y que por exclusión de los anteriores son aquellos que no implican la terminación del proceso, como los que acuerdan la suspensión del proceso por prejudicialidad (41.2 y 43 LEC).

⁵⁴ Decimos «apelación inicial», pues no queremos denominarla como principal en evitación de insinuar superadas concepciones de subordinación de la apelación «adhesiva» a la «principal», o de coadyuvación a la inicial, a las que en breve hacemos referencia.

⁵⁵ Quedan excluidas del recurso de apelación por tanto las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia al conocer de la apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Paz.

⁵⁶ GRAU PÉREZ, J.A., *La impugnación del inicialmente apelado...*, op. cit., pág. 54, considera que si se acepta como admisible acordar mediante sentencia la absolución de la instancia, la sentencia sería apelable

Obsérvese que no nos referimos a la apelación inicial como apelación principal. En el sistema de la LEC la naturaleza jurídica de la apelación adhesiva coincide con la atribuible a la apelación inicial pues la misma razón de pedir asiste a ambos apelantes, ya sea el inicial, ya el adhesivo. De ahí que la adhesión se configure como una impugnación autónoma que únicamente se subordina a la inicial por interponerse con posterioridad a aquélla, de manera que el apelante adhesivo no coadyuva a los resultados pretendidos por el inicial, sino que lo contradice.

Esta autonomía de la apelación adhesiva se hace más evidente que nunca en nuestra legislación, con la redacción del art. 461 LEC, en tanto configura la adhesión como un recurso de apelación (o impugnación de la sentencia) autónomo, que solamente decae como consecuencia de su propio desistimiento: ni siquiera por el desistimiento del apelante principal; y cuya finalidad es la de contrarrestar la expectativa del apelante inicial de obtener la reforma a él favorable de la sentencia de primera instancia, permitiendo al tribunal dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelante no inicial o adhesivo⁵⁷.

De esta manera, con la apelación adhesiva del apelado se enerva la prohibición de la *reformatio in peius* por la que el tribunal *ad quem* no podría en ningún caso aumentar para el apelante inicial el *quantum* de gravamen que le impuso la sentencia de primera instancia (465.4 LEC): «La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate,

⁵⁷ Al respecto la STS de 15 de marzo de 2.002 (RAJ 2842/2002), describe el principio *tantum devolutum quantum appellatum*: “El problema planteado hace referencia al efecto devolutivo del recurso de apelación, con arreglo al que la cognitio del órgano jurisdiccional *ad quem* abarca todas las cuestiones, fácticas y jurídicas, del pleito que se hayan sometido al mismo por las partes, pues, aunque nuestro sistema procesal, a diferencia del de otros países, no reconoce la apelación plena, en el sentido de que no cabe plantear (salvo aspectos excepcionales) cuestiones nuevas (pendente appellatio nihil innovetur), sin embargo permite, dentro de lo postulado (tantum devolutum, quantum appellatum; y apelación adhesiva), un nuevo examen del pleito (revisio prioris instantiae), tanto en lo que hace referencia a la fijación de los hechos, como a la cuestión jurídica, de tal modo que el órgano jurisdiccional *ad quem* se halla investido de los mismos poderes que el juzgador a quo”. En el mismo sentido se expresa el TS en sentencia núm. 1083/2007 de 9 octubre (RJ 2007\6810) entre otras, y nuestras Audiencias Provinciales: AP Castellón (Sección 1ª) Sentencia núm. 10/2011 de 14 enero (JUR 2011\119475) y AP Castellón (Sección 1ª), sentencia núm. 108/2010 de 17 junio. JUR 2010\312598; AP León (Sección 2ª), sentencia núm. 59/2009 de 20 febrero. JUR 2009\188475; AP Zamora (Sección 1ª), sentencia núm. 160/2008 de 14 octubre. JUR 2009\122625; entre otras.

*formulada por el inicialmente apelante». Tanto si se produce la apelación por el apelado, como si no, rige la conocida regla *tantum devolutum quantum appellatum*, y que recoge el citado art. 465.4 de la LEC: «La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461»⁵⁸.*

Por otra parte, es jurídicamente lógico que las partes que han visto parcialmente estimadas o desestimadas sus pretensiones en la sentencia de primera instancia, se aquieten con la sentencia en tanto no se vean amenazados por la impugnación de su contrario. La seguridad que produce en el litigante la existencia de una resolución judicial que “le concede” parte de lo pedido, o que no “le quita” parte de lo que tiene, puede ser motivo suficiente para no arriesgarse a las consecuencias desfavorables de la interposición del recurso de apelación: la solución definitiva del conflicto se dilata en el tiempo, y el riesgo de la imposición de costas (art. 395 LEC). Sin embargo, interpuesto el recurso por la otra parte, necesariamente la solución del conflicto se dilatará en el tiempo, y el riesgo de las costas se “compensa” en cierto modo.

C.- DENOMINACIÓN

C.1.- ANTECEDENTES

La Exposición de Motivos de la LEC de 2.000, señala que en el texto de la Ley se prescinde del concepto de «adhesión» a la apelación (entendemos que habría sido más preciso decir: «término», pues el concepto se mantiene), acuñado en la LEC de 1.881, ya que fue generador de equívocos. Ello no obstante, lo cierto es que en el art. 527.1 de la LEC, sigue utilizando el término cuando, referido al momento en que puede solicitarse la ejecución provisional (cuya regulación es absolutamente novedosa),

⁵⁸ Véase nota 47, ut supra.

señala: «desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose a la apelación»⁵⁹.

Sobre la denominación ha habido ciertamente bastante discusión en la doctrina científica. Hay autores como GISBERT POMATA que consideran acertada la supresión del término adhesión por considerarlo confuso e incorrecto, aunque bien es cierto que también critica, precisamente por confusa, la denominación «recurso de impugnación»⁶⁰. Otros como ORTELLS RAMOS, se inclinan por denominarla de otras formas, como «apelación posterior», si bien es cierto que no ofrece justificación de tal denominación⁶¹; o «apelación secundaria», como la denomina GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, y que no nos parece acertada por las razones que más adelante exponemos para desechar la designación de «apelación principal» prefiriendo la de «apelación inicial»⁶²; o «apelación mediata», como la denominan ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA⁶³. Por su parte, CHOZAS ALONSO, la denomina «apelación sobrevenida» al tratar sobre la delimitación sucesiva del objeto de la segunda instancia abierta por el recurso de apelación, en el tercero de los momentos al que hace referencia: “A modo de recapitulación, pues, los momentos procesales en que va a

⁵⁹ GRAU PÉREZ, J.A., *La impugnación del inicialmente apelado...*, op. cit., pág. 73-74, señala que ello puede deberse “a un olvido del legislador, en la medida en que el art. 527 de la LEC, se corresponde exactamente con el 529 del Anteproyecto de LEC de 26 de diciembre de 1.997, es decir que permaneció inalterado al pasar el trámite parlamentario” Añade que “sin embargo, se modificó en el trámite parlamentario el art. 469 –titulado *Traslado del escrito de interposición a la parte apelada. Impugnación del recurso. Adhesión*-, que en dicho Anteproyecto, y en perfecta consonancia con el 529 regulaba la adhesión a la apelación.

⁶⁰ GISBERT POMATA, M., “Una primera aproximación al recurso de apelación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 (2000), pág. 345-375. Indica que: “Respecto al rechazo del legislador al término «adhesión» y la utilización en su lugar del vocablo “recurso de impugnación”, efectivamente coincidimos en descartar como correcto el de «adhesión» altamente confuso e incorrecto, pero discrepamos a la hora de aceptar como válido el de “recurso de impugnación”, por uno de los mismos motivos: confusión. Tanto el apelante inicial como el que ahora plantea su recurso, están impugnando la resolución que les es favorable, luego no es un concepto que identifique correctamente el recurso del inicialmente apelado del interpuesto por el apelante inicial. Consideramos más clarificador los conceptos de recurso de apelación inmediato o inicial y recurso de apelación mediato o sucesivo. Esta terminología no plantea confusión a la hora de entender a qué recurso nos estamos refiriendo y además conlleva un reflejo de la distinción que hay entre ellas: simplemente que uno es posterior en el tiempo al otro y uno es consecuencia de la falta de aquietamiento de la otra parte”.

⁶¹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Navarra, Elcano, 2000, pág. 257.

⁶² GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación...*, op. cit., pág. 68.

⁶³ ARAGONESES ALONSO, P. y GISBERT POMATA, M., *La apelación en los procesos civiles ...*, op. cit., en multitud de ocasiones.

quedar definido “progresivamente” el objeto del proceso en la segunda instancia –que se desarrollan siempre ante el órgano *a quo*–, son los siguientes: escritos de *preparación* e *interposición* y, en su caso, el de *impugnación* sobrevenida por parte del apelado”⁶⁴.

Otros autores, por el contrario, no consideran inconveniente y aprecian acertado seguir utilizando la misma denominación de «adhesión» a la apelación. Así FONT SERRA, si bien es cierto que con respecto al proceso penal, afirma: “Desde luego la interpretación gramatical, llevada a cabo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y por la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales, según la cual adherirse a un recurso es mostrarse conforme al del otro y coadyuvar a su éxito, no es una interpretación afortunada. Cuando las palabras pueden tener diversos significados, su sentido propio en Derecho es el jurídico. No se comprenden, por tanto, las razones que han llevado a desechar el significado jurídico de la palabra adherirse –según el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia: “Der., utilizar quien no había interpuesto el recurso de otro-, y admitir como válido su significado más vulgar”⁶⁵. Podemos objetar a FONT SERRA, que aunque se refiera al proceso penal, es válido para el civil, que el significado jurídico ofrecido por la Real Academia de la Lengua Española, es absolutamente impreciso, incluso incorrecto a la luz de la LEC de 2.000, toda vez que recoge la significación jurídica que se le dio por la LEC de 1.855, además de inducir a error, pues en puridad «*utilizar el recurso de otro*», viene a ser, jurídicamente una subrogación en la posición, cuando no una sucesión.

GRAU PÉREZ, alineado con el anterior, considera acertado el término, porque en su opinión “no podemos desvincular el significado de las palabras del contexto en el que las estamos utilizando. El sustantivo «adhesión», o en forma de infinitivo adherir, que son polisémicos, según se utilicen en un contexto u otro, tendrán distinto significado y alcance. Ahora bien, si nos estamos refiriendo al ámbito del derecho procesal civil, y más específicamente al del recurso de apelación civil, el significado o

⁶⁴ CHOZAS ALONSO, J.M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2.010 (Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada)», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. IV, Madrid, Dykinson, 2010, en prensa.

⁶⁵ FONT SERRA, E., “La adhesión al recurso de apelación en el proceso penal”, *Revista General de Derecho*, 1995, pág. 2.100.

sentido que hay que darle es el correspondiente al jurídico-forense, configurado por la tradición y jurisprudencia legislativa de forma clara y nítida”⁶⁶. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia no ha sido constante, sino cambiante, y no precisamente por acudir al sentido vulgar de la palabra «adhesión», sino porque como hemos visto en los antecedentes de la institución, su ha evolucionado manteniéndose el mismo término. Así señalábamos que la LEC de 1881 no desarrollaba el régimen de la adhesión ni especificaba su concreto significado, que hubo de elaborarse doctrinal y jurisprudencialmente.

Si, como el legislador expresa en la Exposición de Motivos de la LEC de 2.000, en el texto de la Ley se prescinde del concepto de «adhesión» a la apelación acuñado en la LEC de 1.881, porque fue generador de equívocos, en nuestra opinión no está demasiado acertado en el término que ahora elige de *«impugnación de la sentencia»*, y ello porque si bien evita los equívocos en cuanto a la naturaleza jurídica de la apelación «adhesiva», lo cierto es que tan impugnante es el apelante inicial, como lo es el apelante «reconvencional», por lo que al hablar de *«impugnación de la sentencia apelada en lo que le resulte desfavorable»* ninguna aclaración supone si no es por el hecho del lugar en que se encuentra ubicado el precepto en el que utiliza la expresión, y matizar que se refiere a la sentencia «apelada», de donde se deduce, tal y como aclara la Exposición de Motivos, que se refiere a una “segunda” apelación, o al menos a una apelación no inicial. Ahora bien, hay que reconocer que esta redacción es la que precisamente ha llevado a que se planteara el problema de la posibilidad de formular «reconvención» a la apelación «reconvencional», pretendiéndose una apertura reiterada del trámite del art. 461.1 LEC, pues cuando prevé que *«del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes ...»*, tan escrito de interposición del recurso lo es el de la apelación inicial, como el de la apelación «reconvencional»; y éste, siguiendo la hipótesis, sería inicial con respecto del escrito de interposición del recurso de apelación «reconvencional» a la apelación «reconvencional».

⁶⁶ GRAU PÉREZ, J.A., *La impugnación del inicialmente apelado...*, op. cit., pág. 79.

C.2.- LA RECONVENCIÓN

Tradicionalmente se ha utilizado el término «reconvencción» para denominar la conducta del demandado que en la primera instancia, ante una demanda contra él formulada, no se limita a pedir su propia absolución, sino que a su vez pide la condena del demandante, lo que supone el ejercicio por el demandado de una acción frente al demandante de manera que, además, las posiciones procesales iniciales se invierten: el demandado inicial pasa a ser también demandante, y el demandante inicial pasa a ser también demandado. Así, mediante la reconvencción, se amplía el objeto del proceso, en la medida en que el demandado ejercita una acción nueva frente al demandante, dando lugar a un proceso con pluralidad de objetos⁶⁷.

Es decir, que la reconvencción consiste en la interposición por el demandado de una nueva pretensión que dirige contra el demandante, ante el mismo órgano jurisdiccional y en el seno del mismo procedimiento en el que se ventila la pretensión formulada por el actor, con el fin de que ambas pretensiones se resuelvan en la misma sentencia. Es pues, una nueva pretensión, que fija un nuevo objeto, constituyendo la esencia de esta institución la facultad que se le otorga al demandado para ampliar el inicial objeto litigioso con nuevas pretensiones.

La pretensión del demandado es nueva y autónoma, que incluye una acción independiente de la acción ejercitada previamente por el actor. Así pues, mediante la reconvencción el demandado se convierte en demandante «reconvencional», y el demandante principal en demandado «reconvenido», produciéndose la adquisición de una nueva posición procesal; y además se produce una ampliación del objeto del proceso, esto es, aquello sobre lo que versa el proceso. Recuérdese que el objeto del proceso es lo que lo identifica e individualiza, distinguiéndolo de todos los demás

⁶⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., Vol. II, pág. 96.

posibles procesos, y que se concreta mediante la pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional frente a otra persona, sobre un bien⁶⁸.

Por la reconvencción, y correlativo a la pretensión inicial, aparece lo que MONTERO AROCA y FLOR MATÍES, denominan la resistencia u oposición a la pretensión, y que DE LA OLIVA SANTOS llama contrapretensión⁶⁹. Ésta es precisamente la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada contra él por el demandante, y que normalmente consiste en la petición de no ser condenado. Bien es cierto que la oposición del demandado de ordinario no introduce un objeto nuevo en el proceso y distinto de la pretensión, salvo que el demandado formule reconvencción, en cuyo caso esa resistencia o contrapretensión, por un lado amplía los términos del debate, pero también el objeto del proceso; y ello condicionado al requisito de la conexión entre la pretensión de la demanda principal y la pretensión ejercitada mediante la reconvencción, pues así lo establecen los arts. 406.1 y 438.1 de la LEC, en tanto disponen que sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal⁷⁰.

Por su interés para cuanto defendemos sobre la pertinencia de denominar apelación «reconvencional» a la conocida como «apelación adhesiva», es importante recordar aquí sobre la acumulación de acciones que si la reconvencción se dirige sólo contra el demandante se produce una acumulación objetiva, bastando que la conexión se refiera no a la pretensión (que será contradictoria), sino a la causa de pedir, esto es, al

⁶⁸ La actuación de la jurisdicción civil se conforma fundamentalmente por los principios de oportunidad y dispositivo, y se inicia necesariamente por un acto de parte que se denomina demanda (el art. 399.1 de la LEC establece que «*el juicio principiará por demanda*»). Es decir, la demanda es el acto de parte iniciador del proceso, y por el que el actor ejercita su derecho a la tutela judicial efectiva afirmando la acción que ejercita y solicitando una tutela jurisdiccional concreta. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pág. 241. El derecho de acción, ejercitado en la demanda se dirige al tribunal, y se corresponde con el deber de aquél de incoar el proceso. De ahí que afirmemos que la pretensión se dirige al tribunal frente a una persona.

⁶⁹ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de Juicio Verbal*, op. cit., págs.. 687 y ss.

⁷⁰ El problema surge porque el legislador no especifica cuándo se está ante una pretensión conexa. Para resolverlo habremos de acudir a los criterios propios de la acumulación de acciones para determinar en cada caso si existe o no conexión.

conjunto de hechos con trascendencia jurídica que habrán de guardar relación con los de la pretensión inicial⁷¹; si la reconvencción se formula contra el actor y un tercero, pues así lo permite el art. 407 de la LEC, se tratará de una acumulación objetivo-subjetiva y entonces habrán de cumplirse los requisitos establecidos en el art. 72 de la LEC.

Además, es importante señalar que en la reconvencción la legitimación activa corresponde al demandado originario, y en caso de pluralidad de demandados, a cualquiera de ellos⁷²; y en cuanto a la legitimación pasiva, el art. 407 de la LEC, dispone que la reconvencción puede formularse contra el demandante y contra otros sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido (esto es, que se debe tratar del demandante y de un tercero, o bien de otros codemandados)⁷³.

⁷¹ Recuérdese, a su vez, que no todos los hechos con trascendencia jurídica sirven como fundamento de la petición, y por tanto no constituyen la causa de pedir, sino sólo los hechos identificadores de la pretensión, en contraposición a los hechos constitutivos. Éstos son los que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace la parte como base de la consecuencia jurídica que pide, de manera que de su alegación y prueba depende la estimación de la pretensión. Los otros, los hechos identificadores de la pretensión, de la causa de pedir, son sólo una parte de aquéllos y no se refieren a la estimación de la pretensión, sino sólo a su distinción de otras posibles pretensiones.

En este sentido MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, op. cit., pág. 586, ponen un ejemplo clarificador: 1.- si en la demanda se dice que se reclama una cantidad de dinero concreto en concepto de comisión por el trabajo efectuado por un agente de la propiedad inmobiliaria, la demanda no contiene la causa de pedir de la pretensión. 2.- Si en la misma demanda se añade que la operación concreta por la que se reclama la comisión se refiere a la venta de una determinada vivienda, la pretensión tendrá una fundamentación o causa de pedir, pero con sólo esos hechos no puede llegarse a una sentencia estimatoria. 3.- Si además de lo anterior, se añade que la comisión se refiere a una venta determinada y concreta, la que se hizo en un momento determinado y habiendo puesto en relación el agente al comprador y al vendedor, quedarán determinados los hechos constitutivos que, si son probados, darán lugar a la estimación de la pretensión.

⁷² Dejamos apuntada sobre esta cuestión de la legitimación activa en la reconvencción, la duda doctrinal sobre si cabe la posibilidad de que el reconvenido pueda a su vez reconvenir, cuestión sobre la que la LEC guarda silencio, y que fue ampliamente debatida en el Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, por los Profesores GASCÓN INCHAUSTI, DE LA OLIVA SANTOS, GONZÁLEZ GARCÍA, RICHARD GONZÁLEZ, TAPIA FERNÁNDEZ y VALLESPÍN PÉREZ, cuyas conclusiones se recogen en *Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 cuestiones polémicas*, JIMÉNEZ CONDE, F. coord., Pozuelo de Alarcón, Murcia, SEPIN, 2002, págs.. 227-232.

⁷³ Estando claro en el caso del litisconsorcio necesario, por tratarse de un único proceso con pluralidad de partes, no lo está tanto en el caso de litisconsorcio voluntario, pues más que tratarse de un caso de litisconsorcio, se trata de un supuesto de acumulación de pretensiones. Admitiéndose la reconvencción contra el demandante inicial y otra persona, lo que se admite es precisamente que el demandado reconvenga ejercitando dos pretensiones: una contra el actor o demandante principal y otra contra persona distinta. Obvio es que ambas pretensiones tienen que ser conexas entre sí, además de con respecto a la pretensión formulada en la demanda inicial. En este sentido MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, op. cit., pág. 692.

Como vemos, todo acto procesal, y también la reconvención, está sujeto a una serie de requisitos y reglas, en cuanto al momento, la forma, el contenido, los sujetos, la competencia del órgano jurisdiccional y los efectos, fundamentalmente. Lo mismo ocurre, como veremos a continuación, con la apelación adhesiva, o apelación «reconvencional».

C.3.- LA RECONVENCIÓN ES A LA PRIMERA INSTANCIA, LO QUE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» ES A LA SEGUNDA INSTANCIA

Dado su paralelismo, entendemos que no hay especiales obstáculos en la utilización y extensión del término «reconvención» a la segunda instancia, para denominar la conducta del apelado que ante el recurso de apelación interpuesto por la otra parte, impugna la resolución en lo que le resulta desfavorable, esto es, que además de oponerse a la apelación formulada de contrario, o sin siquiera formular oposición, impugna la resolución solicitando se dicte otra en su lugar que le resulte favorable, o más favorable, o incluso menos desfavorable⁷⁴. Claro está, reuniendo los requisitos y cumpliendo las reglas, establecidas legalmente para impugnar la sentencia, en cuanto a momento, forma, contenido, sujetos, competencia y efectos; y siempre asumiendo, evidentemente, que con la apelación «reconvencional» no se introducen en el proceso nuevas acciones, como ocurre con la reconvención en la primera instancia. En la segunda instancia se ejercita una pretensión dirigida contra el contenido de la resolución que pone fin a la primera instancia que le es perjudicial al recurrente o le causa un gravamen que considera no tiene por qué soportar; en la primera instancia se ejercitan acciones, bien por el demandante en su demanda, bien por el demandado en su demanda «reconvencional».

⁷⁴ Bien es cierto que existe en la LEC el art. 527.1, en el que se utiliza el término «adhesión». Así, cuando trata de la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, establece: «*La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la resolución en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste*».

Por otra parte, la denominación que proponemos no es del todo novedosa, pues lo cierto es que en nuestra jurisprudencia menor se utiliza puntualmente esta denominación, aunque más por brevedad expositiva que por razones de concepto⁷⁵.

⁷⁵ Así encontramos los siguientes ejemplos en las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales:

- Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª). Sentencia núm. 272/1998 de 16 junio (AC\1998\1323), Antecedente de Hecho Segundo: “*Contra la anterior resolución y por todas las partes litigantes, dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación, y personadas las partes se formó el oportuno rollo, que siguiendo por sus trámites ha dado lugar a la celebración del correspondiente juicio, donde la parte apelante- demandante ha solicitado la revocación en parte de la sentencia de instancia y que en su lugar se dictara otra por la que se estimara su íntegra pretensión indemnizatoria; en tanto que codemandados-reconvinentes instaban la revocación de dicha resolución, y que en su lugar se dictara otra por la que se estimara la pretensión indemnizatoria de su reconvención; y el resto de los simplemente apelados, instaban igual revocación y que dictara sentencia en la que se reconociera su falta de legitimación pasiva.*” Y en el Fundamento Jurídico Segundo: “*Una vez ratificada la viabilidad de la apreciación de la acción resolutoria instada -lo que de «iure» llega al rechazo de la apelación reconvencional en este extremo-, y como quiera que el recurrente instó -y le fue concedida en parte- indemnización de daños y perjuicios, doctrinalmente y a la vista del analizado art. 1124, CC, nos encontramos ante un supuesto de acumulación subordinada y sucesiva de pretensiones*”.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Sentencia núm. 52/2008 de 21 enero (JUR\2008\98821). En el encabezamiento: “*La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos Nº 1291/2004, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia Nº 46 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandado DON Abelardo , representado por el Procurador Sr. Don Juan Antonio Velo Santamaría y defendido por Letrado, y de otra como apelado demandante la Comunidad de Propietarios de la CL. 000 Nº 000 de Madrid, representada por el Procurador Sr. Don Javier Pérez de Sevilla Guitard y defendida por Letrado, y en demanda de apelación reconvencional, como apelante demandante, la Comunidad de Propietarios antes citada frente a DON Abelardo , en su calidad de apelado demandado, ambas partes representadas y defendidas por los profesionales antedichos, seguidos por el trámite de Procedimiento Ordinario*”
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Sentencia núm. 259/2009 de 24 abril (JUR\2009\245191). En el encabezamiento: “*La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos Nº 1493/2006, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia Nº 19 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelantes demandados DON Bruno y Dª Isidora , representados por el Procurador Sr. Don José Ramón Rego Rodríguez y defendidos por Letrado, y de otra como apeladas demandantes Dª Raquel y Dª Aurora , representados por el Procurador Sr. Don Carlos Cabrero del Nero y defendidas por Letrado, y, en apelación reconvencional, como apelados demandados, el SR. Bruno y la Sra. Isidora , y como apelante demandante, la Sra. Dª Raquel , todos ellos con las mismas representaciones y defensas antes indicadas, seguidos por el trámite de Procedimiento Ordinario*”.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Sentencia núm. 569/2009 de 20 octubre (JUR\2010\20238). En el encabezamiento: “*La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos Nº 1574/2007, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia Nº 64 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelantes demandados, de un lado, DON Adolfo , DON Balbino Dª Amanda , representados por la Procuradora Sra. Dª Mª Luisa López Puigcerver Portillo y defendido por Letrado, y, de otro lado, en la misma posición procesal, la mercantil FCC, S.A., representada por la Procuradora Sra. Dª Amparo Navarro Calderón y defendida por Letrado, siendo apelado demandante DON David , representado por el Procurador Sr. Don José Luis Barragués Fernández y defendido por Letrado, y a su vez, en demanda de apelación reconvencional, como apelados demandados todos los mismos antedichos, con las mismas representaciones y direcciones legales, seguidos por el trámite de Juicio Verbal*”.

Así pues, del mismo modo que el objeto del proceso es aquello sobre lo que se proyecta la actividad procesal (la cosa de la que el proceso trata), que no es otra cosa que la pretensión en tanto afirmación de una acción; en el que el demandado puede limitarse a ejercitar una contrapretensión -de ordinario consistente en el fracaso del demandante-, o bien solicitar una condena del actor, esto es, algo que al demandante le resulte desfavorable, o menos favorable; en el recurso de apelación que genera la segunda instancia, el objeto estará necesariamente constituido por la pretensión impugnatoria del apelante expuesta en el escrito de interposición.

Pero el objeto de la segunda instancia puede llegar a ser más amplio: esto es, junto al objeto «necesario», puede haber un objeto «contingente» que viene constituido por la pretensión impugnatoria que el inicialmente apelado puede formular en el escrito de impugnación de la sentencia⁷⁶ (no en vano, se ha calificado el recurso como “acto procesal que incorpora una pretensión”⁷⁷). Esto es, que el proceso civil, regido por el principio dispositivo, siempre tiene como objeto *necesario* la acción o las acciones afirmadas en la demanda o, añadimos nosotros, las pretensiones articuladas por la parte

-
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Auto núm. 414/2009 de 18 noviembre (JUR\2010\70788). Razonamiento Jurídico Único: “*En el supuesto que nos ocupa, se da desestimado en su totalidad el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 27 de Noviembre de 2.008, ratificándose dicha resolución, debiendo indicarse además en el fallo de la Sentencia de esta Sala Nº 463/2009, de fecha 17 de Julio de 2.009, que igualmente se desestimaba el Recurso de Apelación reconvenicional interpuesto por el apelado, tal como se indicaba en el Fundamento Jurídico Segundo de la misma*”.
 - Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª). Auto núm. 415/2009 de 4 diciembre (JUR\2010\69743). Razonamiento Jurídico Único: “*En el supuesto que nos ocupa, se da desestimado en su totalidad el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 27 de Noviembre de 2.008, ratificándose dicha resolución, debiendo indicarse además en el fallo de la Sentencia de esta Sala Nº 463/2009, de fecha 17 de Julio de 2.009, que igualmente se desestimaba el Recurso de Apelación reconvenicional interpuesto por el apelado, tal como se indicaba en el Fundamento Jurídico Segundo de la misma. El mismo extremo fue solicitado por la parte contraria, habiéndose dictado por esta Sala resolución de fecha 18 de Noviembre de 2.009 en idéntico sentido*”.
 - Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª). Sentencia núm. 325/2010 de 22 octubre (JUR\2011\65571). Fundamento Jurídico Séptimo: “*No obstante, dado que en la apelación reconvenicional se estima que la demandante tiene derecho al cobro de los intereses por la cantidad pendiente, procede la estimación parcial del recurso en este particular*”.

⁷⁶ Incluso como señala DE LA OLIVA SANTOS, A., *Proceso civil* ..., *op. cit.*, pág. 454, puede haber un objeto «contingente y accesorio», que vendría constituido precisamente por la pretensión o contrapretensión del apelado, expuesta y fundada en el escrito de oposición a la apelación.

⁷⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1979, pág. 461.

recurrente en apelación, si de la segunda instancia se trata. De esta manera, se deduce que al igual que la determinación del objeto del proceso en la primera instancia le corresponde básicamente al actor, mediante la interposición de la demanda, en la segunda instancia también adquiere un especial protagonismo, en cuando a la determinación del *thema decidendi*, el sujeto que prepara e interpone el recurso de apelación principal. (...) Sin embargo, y aun partiendo de la anterior premisa, no debemos obviar la relevancia que, en ocasiones, puede adquirir la pretensión introducida por la parte pasiva (contrapretensión), de cara a la ampliación del objeto procesal fijado previamente por el actor o recurrente. Esta ampliación del *thema decidendi* se produce siempre que el sujeto pasivo pretenda otra cosa distinta del mero fracaso del demandante o recurrente, sino que invoca nuevos razonamientos de los que, a su entender, deben seguirse consecuencias jurídicas diferentes de la mera desestimación de la pretensión del actor⁷⁸. En estos casos, el “nuevo objeto” introducido por la parte pasiva, que es contingente, como señala DE LA OLIVA SANTOS, se convierte en un objeto “accesorio” respecto del objeto principal introducido por el actor o recurrente. Pero accesorio no significa, como señala el citado autor, “prescindible, desdeñable o casi irrelevante: es imprescindible y relevante. Accesorio significa, con toda precisión, que no se sustenta por sí solo, que su relevancia no es independiente, sino dependiente, que importa por su relación con lo principal⁷⁹.

Así, podemos concluir que de la misma manera que en la primera instancia frente a la pretensión del demandante puede ejercitarse por el demandado una contrapretensión, o incluso una genuina pretensión denominada «reconvención», en el recurso de apelación además de la pretensión impugnatoria del apelante (denominada apelación inicial), el apelado puede ejercitar otra pretensión impugnatoria, que podemos denominar apelación «reconvencional» o recurso de apelación reconvencional (antes denominada «adhesiva», y ahora impugnación de la sentencia en lo que le resulta desfavorable); y del mismo modo que el demandante puede convertirse en demandado

⁷⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Proceso civil ...*, op. cit., pág. 67.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 68.

como consecuencia de la reconvención; el apelado, puede convertirse en apelante como consecuencia de la apelación «reconvencional»⁸⁰.

Máxime, cuando como hemos expuesto anteriormente, ha sido superada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia la consideración accesorio o subordinada con respecto de la apelación principal, de la que venía denominándose «adhesión» a la apelación; acogiendo la consideración de pretensión autónoma con respecto de la apelación inicial (también llamada apelación “principal”, pues desde la superación de la accesoriedad o subordinación de la apelación adhesiva respecto de la inicial o principal, las dos apelaciones, la inicial y la del apelado, son principales, en el sentido de que sobre las dos debe pronunciarse el tribunal de segunda instancia, incluso en el hipotético caso de que el apelante principal desistiere de su apelación –la inicial o principal-).

Por lo demás, la que venimos en denominar apelación «reconvencional», participa de los mismos requisitos que la apelación principal, del mismo modo que la demanda reconvencional participa de los mismos requisitos de la demanda principal. Esto es, del mismo modo que el art. 406.3 LEC para la reconvención se remite en todo a lo establecido para la demanda principal⁸¹, en el art. 461.2 LEC para la que denominamos apelación «reconvencional» se establece: *«Los escritos de oposición al recurso y, en su caso, de impugnación de la sentencia porque inicialmente no hubiere*

⁸⁰ Obsérvese que hablamos de pretensiones y no de acciones, pues como hemos señalado, y a diferencia de la primera instancia, mediante la apelación «reconvencional» no se introduce una nueva acción.

⁸¹ Art. 406 LEC. *«Contenido y forma de la reconvención. Inadmisibilidad de la reconvención no conexa con la demanda y de la reconvención implícita.*

1. *Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.*

2. *No se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.*

Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvención la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio verbal.

3. *La reconvención se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el art. 399. La reconvención habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal.*

4. *Será de aplicación a la reconvención lo dispuesto para la demanda en el art. 400».*

recurrido, se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición», es decir, con exposición de las alegaciones en que base la impugnación (art. 458.1.II LEC) el apelante reconvencional.

La doctrina, en general, señala la similitud entre el reconviniente y el adherido a la apelación. Así MARTÍNEZ VAL, o ROCCO, en el ámbito de la doctrina italiana, que considera que la apelación incidental suele denominarse, por analogía con lo que ocurre a consecuencia de la proposición de las excepciones reconvencionales, apelación incidental reconvencional⁸². ROSENBERG, por su parte, señala que la reconvención se planteará en segunda instancia a través de la adhesión independiente⁸³. Ya en la doctrina española, GUASP dice: “... en el escrito de instrucción (LEC 1881) es donde la adhesión a la apelación resulta procedente, llegándose así con esta figura afín a la reconvención, a la significación máxima que el escrito de instrucción tiene ...”⁸⁴. Y GONZÁLEZ GARCÍA, señala: “Nos referimos a la posibilidad de que el apelado se convierta en apelante, aunque haya precluido ya el momento procesal para preparar recurso de apelación, en el escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto contra él. En este segundo caso, las similitudes se producen con la reconvención, en la medida en que la impugnación del art. 461.1 LEC tiene lugar en un momento procesal equivalente, en segunda instancia, a lo que sería la contestación a la demanda en la primera, esto es, el momento en que el sujeto pasivo no se limita a oponerse, sino que aprovecha para solicitar nuevos pronunciamientos por parte del tribunal (...)”⁸⁵.

⁸² MARTÍNEZ VAL, J.M., “Reconvención y adhesión a la apelación”, *op. cit.*, pág. 109. ROCCO, U., *Tratado de Derecho Procesal*, vol. III, Buenos Aires, 1973, pág. 342.

En el sistema procesal italiano, existen tres tipos de apelación: la principal, la incidental y la adhesiva, si bien es cierto es la incidental la que es equiparable a nuestra tradicional apelación adhesiva. El art. 334 del Codice di Procedura Civile establece: «*La parte contra la que ha sido propuesta impugnación y ha sido llamada a integrar el contradictorio conforme la norma del art. 331, puede proponer impugnación incidental aun cuando para ella hubiese finalizado el plazo o haya mostrado conformidad con la sentencia*».

⁸³ ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1955, T. II, pág. 373.

⁸⁴ GUASP, J., *Derecho procesal*, *op. cit.*, pág. 761.

⁸⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero 2.010 (Impugnación de la sentencia en el escrito de oposición a la apelación -*adhesión a la apelación*- por quien consta como apelante en el proceso: momento procesal para apelar en caso de pluralidad de recursos)», inédito.

A modo de conclusión, pues, optamos por la denominación de apelación «reconvencional» por la similitud entre la conducta del demandado que en la primera instancia formula reconvención, y la del apelado que interpone apelación «reconvencional» a la vista del recurso inicial interpuesto por el apelante inicial, pero distinguiendo claramente que no estamos ante una reconvención en sentido estricto.

D.- PRESUPUESTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Parece claro que si la impugnación por el apelado viene justificada por la interposición de una apelación inicial, es evidente que necesitará de la previa existencia de ésta. Así lo ha expresado en el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de octubre de 1996, señalando: *“Nuestra Ley de Enjuiciamiento establece una expresa derogación del principio de preclusión, permitiendo una posterior apelación, aún después de transcurrido el plazo para hacerlo, sólo condicionado a que alguna de las partes haya recurrido en tiempo y forma (SSTS 25 de enero y 24 de octubre de 1978 [RJ 1978/15 y RJ 1978/3283] y 20 de abril de 1992 [RJ 1992/3314])”* (BDAJ 2547/1996).

Sin una previa apelación inicial, no es posible una apelación «reconvencional», pues ésta precisa de la previa interposición de una apelación inicial. Esto es así, incluso con independencia de que en un momento posterior el apelante inicial, por ejemplo, desista de su recurso, siempre que el desistimiento se produzca con posterioridad a que en el trámite previsto en el art. 461.1 LEC, el inicialmente apelado formule su escrito de interposición de la apelación «reconvencional». Si el apelante inicial desiste de su recurso con anterioridad (art. 450 LEC), ya no habrá lugar a la oposición a un recurso del que se ha desistido, y por tanto a la impugnación de la resolución por el que ya no es apelado. Máxime cuando en la nueva LEC no existe precepto similar al art. 849.II de la LEC de 1.881. Efectivamente, bajo la vigencia de la LEC de 1881 la situación era distinta: en ésta se contemplaba expresamente la posibilidad de interponer la apelación «reconvencional» aun cuando la separación del apelante se produjera con anterioridad al momento del procedimiento en que podía utilizarse el recurso entonces adhesivo. Así el art. 849.II ALEC establecía que la segunda instancia continuaría, si el apelado dentro

de los tres días siguientes a la manifestación del apelante separándose del recurso, se adhería a la apelación⁸⁶.

Por último, y junto al desistimiento, al que más adelante nos referiremos al tratar de los efectos, debemos hacer referencia a la declaración de desierto del recurso prevista en el art. 458.2 LEC: «*si el apelante no presentare el escrito de interposición dentro de plazo, se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida. La resolución que declare desierta la apelación impondrá al apelante las costas causadas*». Y ello por cuanto la doctrina entiende que la no interposición del recurso es un desistimiento tácito del recurso, principalmente por la condición de rogada que tiene la jurisdicción civil en nuestro ordenamiento procesal⁸⁷. “La conducta del apelante hace que se cree una presunción *iuris et de iure* de desistimiento”⁸⁸. Dicha presunción encuentra apoyo en que la interposición del recurso no es un deber sino una carga para el apelante, ya que la interposición es un derecho y no una obligación en sentido estricto.

Así, la declaración de desierto del recurso de apelación por el órgano jurisdiccional, supone dar por concluida la tramitación del recurso con base en el

⁸⁶ El art. 846 ALEC establecía: «*En cualquier estado de la segunda instancia, podrá separarse de la apelación el litigante que la haya interpuesto*»; el art. 847 que: «*Dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia del escrito separándose de la apelación, podrá el apelado impugnar esta pretensión*» por las causas que en el mismo se establecen; y el art. 849 en fin, que: «*Si el apelado se hubiere adherido a la apelación, y por este motivo, dentro de los tres días señalados en el artículo 847, se opusiere a que se dé por terminada la segunda instancia, la Audiencia tendrá por separado al apelante con las costas hasta entonces causadas y mandará seguir la sustanciación del recurso para resolver sobre los extremos de la sentencia a que se refiera la adhesión del apelado. Lo mismo se practicará si éste manifestase dentro de dicho término que se adhiere a la apelación, en el caso de que la separación del apelante haya tenido lugar antes del período del juicio en que puede utilizarse aquel recurso, según los artículos 858 y 892*».

⁸⁷ A este respecto recordemos, que el recurso de apelación se inicia mediante un escrito en el que el apelante lleva a cabo una «manifestación de voluntad», la de recurrir una resolución. DE LA OLIVA SANTOS señala con respecto de las «manifestaciones de voluntad», que son “actos (procesales) constituidos, no por expresiones, orales o escritas, de ciencia o voluntad, sino por conductas, distintas de la consistente en declarar, que revelan o patentizan un querer o voluntad determinados. La demanda, por ejemplo, manifiesta la voluntad de someterse al tribunal ante el que se interpone (art. 56.1º LEC). Lo mismo puede decirse de muchos comportamientos omisivos, que manifiestan la voluntad de no ejercitar determinados derechos procesales” (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho procesal. Introducción*, op. cit., pág. 328).

⁸⁸ ARAGONESES ALONSO, P. y GISBERT POMATA, M., *La apelación en los procesos civiles...*, op. cit., pág. 470

principio dispositivo y de justicia rogada, con lo que la resolución recurrida deviene firme de forma automática, por ministerio de la Ley, y sin necesidad de que sea puesto de manifiesto por el apelado. Esto es: *ex lege* se priva a la parte del derecho que no ha ejercitado. De ahí, que como ponemos de manifiesto en la parte final de este trabajo al analizar determinados supuestos prácticos, consideremos que no es admisible la conducta del recurrente inicial que no formalizando la apelación con la interposición, y cuyo recurso de ha declarado desierto, aprovecha el trámite de impugnación para formular la apelación que inicialmente no interpuso.

Por otra parte, y de la misma manera que ocurre para la interposición del recurso por el apelante inicial, se han de cumplir una serie de requisitos de tiempo y forma. En cuanto al tiempo, el art. 461.1 LEC es claro: el plazo de diez días a contar desde el traslado al apelado del escrito de interposición del recurso por el apelante inicial. También lo es en cuanto a la forma en el segundo apartado del precepto citado: el escrito de impugnación se formulará con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición.

E.- EFECTOS DE LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Como señalábamos, la apelación reconvencional no abre la segunda instancia, sino que se incorpora a la segunda instancia ya abierta por el escrito de preparación del recurso de apelación inicial, que es el que además producirá en su momento, una vez interpuesto (en el sentido del art. 458 LEC), el efecto devolutivo del recurso de apelación. Ahora bien, apelante inicial y apelante reconvencional poseen la misma condición, de manera que interpuesta y admitida la apelación «reconvencional», el apelado inicial ahora ocupa la posición de auténtico apelante, aunque reconvencional, pero con todas las facultades inherentes a la condición de apelante.

Pero aunque no abra la segunda instancia, el resto de los efectos que produce son similares a los que produce la apelación inicial. En primer lugar, produce el efecto de privar de los efectos de cosa juzgada formal a los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que expresamente se combaten en el escrito de impugnación, como se

deduce del art. 207.4 de la LEC. En segundo lugar, y como característico de la apelación reconvencional, produce el efecto de la exclusión del principio de *reformatio in peius*, y en consecuencia la ampliación de las facultades del órgano *ad quem*, quien de este modo podrá dictar sentencia que resulte perjudicial para cualquiera de las partes. Además, en tercer lugar, produce una ampliación del *thema decidendi*, como exponíamos al tratar de la identificación entre la reconvención en la primera instancia, y la apelación «reconvencional».

Además, la interposición de la apelación «reconvencional» provoca el mantenimiento del efecto suspensivo del recurso de apelación, ya sea inicial, ya sea reconvencional, salvo en el caso previsto en el art. 456.2 de la LEC, esto es, cuando la apelación se dirige contra sentencias desestimatorias de la demanda, precisión por otra parte innecesaria, pues como señala BONET NAVARRO, “si el proceso ha concluido con una sentencia desestimatoria, no hay nada que deba hacerse ni, por tanto, nada que deba llevarse a cabo pues todo sigue como estaba antes de presentar la demanda”⁸⁹. Incluso en tal caso, señalemos a modo anecdótico, sería posible, al menos en nuestra opinión, que el demandado solicitara la ejecución provisional del pronunciamiento sobre imposición de costas en caso de haberse producido⁹⁰.

⁸⁹ BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000, pág. 121. En la misma línea DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, pág. 223.

⁹⁰ Mantenemos que es posible la ejecución provisional de la condena en costas con la actual regulación contenida en la LEC, y los problemas o inconvenientes, más prácticos que teóricos, son fácilmente salvables. El art. 524 LEC permite expresamente la ejecución provisional de sentencias de condena que no sean firmes, sin hacer distinción alguna entre los pronunciamientos contenidos en una sentencia de esta naturaleza, y sin incluir el pronunciamiento sobre las costas en la lista de excepciones a la excepción que ya de por sí supone la ejecución provisional, y que se contiene en el art. 525 LEC, de manera que donde no excluye el legislador, no puede excluir el intérprete.

El que las costas hayan de ser previamente tasadas, es decir, hacerlas líquidas, para proceder a su exacción por el procedimiento de apremio, no es inconveniente, como tampoco lo es para la ejecución provisional del pronunciamiento que condena al pago de intereses su previa liquidación en un breve procedimiento o incidente en el que también pueden producirse multitud de incidencias.

Añádase que la dicción literal del art. 242.1 LEC (reproducción del art. 421 ALEC), no se refiere a la práctica de la tasación de costas, sino a la solicitud de su práctica (no caprichosamente el legislador lo ha titulado *solicitud de la tasación de costas*), estableciendo los requisitos de la solicitud, como lo hace en el art. 399 LEC con respecto de la demanda, o en el art. 405 con respecto a la contestación, por ejemplo.

Pero es que además, lo que se exige en el art. 242 LEC es que la condena en costas sea firme para que se pueda proceder a su exacción por el procedimiento de apremio, y éste no puede iniciarse si previamente las costas no han sido tasadas. Es decir, que el art. 242 LEC no permite al Secretario Judicial, al amparo de la falta de firmeza de la condena en costas, excusarse de practicar la tasación que habrá de hacer en todo tipo de procesos conforme al art. 243 LEC, pues el requisito de la “firmeza” lo es para la “exacción por la vía de apremio”, y lo que ha de practicarse previamente a dicha exacción por el

Evidentemente, si los efectos se producen como consecuencia de la interposición del recurso de apelación (bien inicial, bien «reconvencional»), éstos cesarán en el momento en que el recurso es resuelto por el juzgador *ad quem*, o de forma anticipada mediante el desistimiento del recurso o su declaración de desierto como consecuencia de la no interposición, o de la interposición fuera de plazo. En cualquiera de los casos, ambas causas pueden tener especial relevancia con respecto a la conducta que puede llevar a cabo el apelado en el trámite de impugnación que regula el art. 461.1 LEC.

Como señala CHOZAS ALONSO, referido al objeto de la segunda instancia abierta con la preparación del recurso de apelación, “en algunas ocasiones, a la hora de determinar cuál sea el objeto de un proceso civil –en primera o en ulteriores instancias-, se suele cometer el error de situar en paralelo (o a la misma altura) las pretensiones de la parte activa y de la pasiva. La equivocación, a nuestro juicio, radica en no tener en cuenta que la pretensión del demandado o del recurrido puede faltar por completo, a diferencia de lo que ocurre con la pretensión del actor o del recurrente, que es absolutamente necesaria. De ahí que se ha señalado, con acierto, que el proceso civil, regido por el principio dispositivo, siempre tiene como objeto *necesario* la acción o las acciones afirmadas en la demanda o, añadimos nosotros, las pretensiones articuladas por la parte recurrente en apelación, si de la segunda instancia se trata. (...) La pretensión de la parte pasiva, si la hay, carece de sentido propio e independiente; el

procedimiento de apremio es la tasación de costas. Si el legislador hubiera querido que solamente cuando fuere firme la condena en costas se llevara a cabo la tasación, no habría reproducido literalmente el art. 421 ALEC, y habría redactado de forma distinta, por ejemplo: Cuando hubiere condena en costas, luego que sea firme, (y) previa su tasación, se procederá a su exacción por el procedimiento de apremio si la parte condenada no las hubiere satisfecho antes de que la contraria solicite dicha tasación. Añádase, que por ejemplo los arts. 531 y 533 LEC se refieren a las costas de la ejecución provisional ya tasadas (aunque con matices con respecto al art. 531 LEC), al tratar la suspensión de la ejecución provisional en el primero, y el reintegro al ejecutado en el caso de revocación de la sentencia; y en ambos casos, máxime en el primero, todavía no hay sentencia firme.

Tasación de costas practicada por el Secretario Judicial que es definitiva, y no provisional, por más que se practique en ejecución provisional, sin que haya ningún obstáculo a seguir el procedimiento establecido en los arts. 243 a 246 LEC, como tampoco lo hay para seguir el procedimiento de apremio contra el deudor que no reacciona pagando ante la notificación del auto por el que se acuerda el despacho de ejecución en el procedimiento de ejecución provisional (disiento por tanto, de quienes como BACHMAIER WINTER, afirman que la interpretación literal del art. 242.1 lleva a concluir que la actividad de liquidación previa a la ejecución del procedimiento sobre las costas, sólo procede una vez que el pronunciamiento sea firme (*Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, JIMÉNEZ CONDE, Fernando, Coord., Pozuelo de Alarcón, SEPIN, 2002, pág. 490)

sentido de la pretensión del demandado o del apelado se lo presta normalmente la actitud previa del actor o del apelante”⁹¹.

Ahora bien, si efectivamente la posibilidad de impugnación de la sentencia por el apelado en el trámite del art. 461.1 LEC está condicionada a la previa o necesaria existencia de una apelación inicial, esto es así sólo en el primer momento, como hemos señalado al hablar de los presupuestos. La previa existencia de la apelación inicial, es necesaria sólo hasta el momento de presentación del escrito de impugnación de la sentencia por el apelante «reconvencional», precisamente por el carácter autónomo e independiente de la apelación «reconvencional». Piénsese en el caso en que una vez dado traslado al apelado del escrito de interposición del apelante inicial, aquél se opone, y además impugna la sentencia formulando a su vez apelación «reconvencional»: el posterior desistimiento por el apelante inicial de su recurso de apelación no afecta a la tramitación de la apelación «reconvencional».

Podemos afirmar que la necesidad del recurso inicial, lo es solo en el primer momento y hasta que se de traslado apelado, pues solamente es presupuesto: de la oposición en todo caso, pues la existencia de la oposición depende de la existencia y mantenimiento de la apelación inicial, de forma que el desistimiento de la apelación inicial hace que pierda virtualidad la oposición; y de la apelación «reconvencional» sólo para el inicio del trámite del art. 461.1 LEC, pues la existencia del recurso inicial no es más que una expectativa de derecho que se actualiza efectivamente cuando se le da traslado del escrito de interposición para su oposición y/o impugnación.

Del mismo modo que las partes tienen la facultad de recurrir, también tienen la facultad de desistir del recurso en cualquier momento (art. 450 LEC), con dos precisiones, las previstas en los apartados 1 y 2 de dicho precepto: la primera relativa al

⁹¹ CHOZAS ALONSO, J.M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*. En el mismo sentido que este autor se expresa GONZÁLEZ GARCÍA cuando afirma: “En resumidas cuentas, la determinación del objeto del recurso de apelación se produce en dos momentos procesales diferentes: en primer lugar, y con carácter necesario, en el escrito de interposición; en segundo lugar, y más avanzadamente, al impugnar el apelado la sentencia en su escrito de oposición a la apelación (...)” (GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*)

momento, pues no podrá ejercitarse con posterioridad al dictado de la resolución por la que se ponga término al recurso; la segunda, relativa a los efectos en el caso de que sean varios los recurrentes, pues si por una parte el desistimiento del recurso cuando éste es único provoca la firmeza de la resolución recurrida, la precisión que se regula en el apartado 2 regula los efectos del desistimiento cuando son varios los presentados o en tiempo y forma se ha procedido por la contraparte a la interposición de apelación «reconvencional». En este segundo caso, la norma previene que el desistimiento de un recurso cuando son varios o el del “principal” cuando existiese apelación «reconvencional» por el inicialmente recurrido, no afecta a los restantes recursos interpuestos continuando la tramitación con excepción del desistido.

Es de destacar que en la tramitación del recurso de apelación, el desistimiento, al tratar sobre la pretensión revocatoria deducida por el recurrente contra una resolución concreta, el acto de voluntad del recurrente se deduce contra una resolución previa, de ahí que su alcance se concrete en la pretensión impugnatoria deducida, sin que el recurrido, excepción hecha de los supuestos en que el mismo a su vez haya recurrido o impugnado el recurso inicial, carece de interés en relación con la pretensión impugnatoria deducida de contrario, de ahí que la LEC no exija su conformidad como ocurre en la primera instancia. El desistimiento unilateral únicamente llevará como efecto la firmeza de la resolución recurrida, y por ello afecta solamente a los derechos e intereses del recurrente.

Pero en los recursos el desistimiento produce otro efecto, y de gran trascendencia en la práctica: a diferencia de lo que ocurre en la primera instancia, la posibilidad de reproducir la pretensión desistida, en los recursos no es posible, y ello como consecuencia de los efectos que produce el desistimiento sobre la resolución recurrida que no son otros que los de la cosa juzgada material que la impiden. De ahí que el recurrente que desiste de su recurso, en principio no pueda aprovechar posteriormente el trámite de oposición del recurso de apelación «reconvencional» para formular nuevamente una impugnación de la que previamente había desistido, es decir, para deducir lo que en este trabajo denominamos «reconvención a la apelación reconvencional».

F.- LA LEGITIMACIÓN EN LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Se trata de una de las cuestiones que consideramos más controvertidas (sobre todo cuando hay pluralidad de partes que quieren interponer recurso de apelación, o pueden resultar afectados por la estimación del interpuesto por alguna o algunas de las otras partes), a pesar de que *a priori* la posibilidad de interponer los recursos y por tanto de formular apelación «reconvencional», la tiene quien está legitimado como parte y manifiesta el interés de hacerlo.

Recordemos que por legitimación se entiende “la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (la legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)”⁹². Así como la capacidad para ser parte es una aptitud genérica para actuar, la legitimación es una aptitud específica, de manera que se tiene capacidad para apelar, pero se tiene que estar legitimado para cada concreta apelación.

De manera que, si como mantiene parte de la doctrina, la legitimación es un presupuesto del derecho a la acción, quienes han sido parte en el proceso y por tanto han ejercitado acción en la primera instancia, pueden continuar su ejercicio mediante la impugnación de la sentencia si tienen interés personal, objetivo y directo.

Interés personal y directo en tanto legitimado para recurrir lo está quien siendo parte en la primera instancia del proceso tiene el interés que deviene del gravamen o perjuicio que la resolución le ocasiona; en sentido negativo, carece de legitimación procesal para recurrir la parte que no viene perjudicada ni gravada por la resolución que se impugna [STS de 1 de octubre de 1.992 (RAJ 5008)], es decir, aquéllas a quienes no

⁹²DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración*, op. cit., pág. 128.

les afecte desfavorablemente (448 LEC)⁹³. Además el interés debe ser objetivo, de entidad material en el sentido de que la resolución le cause un gravamen, no bastando el mero interés formal. De ahí que no pueda identificarse la legitimación en primera instancia con la legitimación en la segunda instancia: no todo legitimado en la primera instancia, lo está en la segunda: en la primera instancia la legitimación deriva de la relación que los litigantes tienen con la materia objeto del litigio, pero en la segunda instancia se requiere la existencia del gravamen que produce la decisión judicial; además, en la primera instancia la legitimación para accionar se refiere en general a la totalidad del proceso, y sin embargo la legitimación para apelar se refiere a un acto procesal concreto como es recurrir.

Dicho esto, en la segunda instancia que abre el recurso de apelación, es posible que la legitimación activa y pasiva se reúna en una misma parte, como ocurre en la primera instancia cuando se formula la reconvención contra quien previamente accionó con la demanda (no así cuando, como permite el art. 407 LEC, se dirige la reconvención contra sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor)⁹⁴. De esta manera, en el recurso de apelación, tanto el demandante como el demandado pueden estar legitimados activa y pasivamente para apelar. Así, activamente legitimado lo estará cualquiera a quien le perjudique la resolución de primera instancia, y tendrá legitimación pasiva aquél a quien potencialmente perjudique la estimación del recurso si es que previamente se prepara y/o interpone.

Pero no sólo quienes fueron parte en la primera instancia están legitimados, como así se reconoce en el art. 13.1 de la LEC para los casos de intervención: *«El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte»*. Es decir, que cabe la posibilidad de que, con determinadas exigencias (como pusimos de manifiesto al hablar de los terceros interesados en el concepto de

⁹³ De ahí que podamos afirmar, que la legitimación en la primera instancia no conlleva necesariamente la legitimación para la segunda: se puede estar legitimado en la primera instancia y no en la segunda, cuando a quien lo estaba en la primera instancia, la resolución no le causa perjuicio o gravamen.

⁹⁴ Al respecto véase nota 68 *ut supra*

recurso), los terceros que no han sido parte en la primera instancia, pero que resulten gravados por la resolución dictada, les esté permitido recurrir en fase de apelación (bien directa, bien reconvencional), y por lo tanto que ostenten legitimación. En ello consiste precisamente la institución de la intervención procesal, en permitir a un tercero la entrada en un proceso pendiente, por tener algún interés directo y legítimo en el resultado del pleito o por resultar afectado por lo que en él se resuelva (art. 13 LEC).

La LEC de 1855 no hacía mención alguna a la institución de la intervención, como tampoco la ALEC de 1881 a pesar de que su contemporánea LECrim. sí preveía la posibilidad⁹⁵. La nueva LEC por primera vez regula la institución en los arts. 13 y 14 LEC, dedicando el primero de ellos a la intervención voluntaria, y el segundo a la intervención «provocada». Institución de amplia tradición en nuestro derecho histórico a pesar de su ausencia en las leyes de enjuiciamiento, pues ya en el Derecho romano, a pesar de la inicial prohibición de apelar para el tercero, y como refiere OROMÍ I VALL-LLOVERA, glosando a MANRESA Y NAVARRO y a AIKÍN ARALUCE, se impuso la norma de que la legitimación para reclamar pertenecía a la persona que con justa causa tuviera interés en ello, lo que dio lugar a en las fuentes clásicas a una casuística sobre los terceros a los que debido a su relación con el objeto litigioso se les reconocía el derecho de la apelación⁹⁶.

Una vez que la LEC ha regulado expresamente la institución de la intervención, se zanja parcialmente la discusión existente bajo la antigua LEC sobre si era posible o no la intervención del tercero, y si estaba o no legitimado para recurrir: *«El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte»* (art. 13.3.III LEC). Y decimos parcialmente pues como señala CALDERÓN CUADRADO, “la nueva normativa tan sólo se refiere a los intervinientes en calidad de parte en el juicio de que

⁹⁵ El art. 854 LECrim. señala: *«Podrán interponer el recurso de casación: (...) los que hayan sido parte en los juicios criminales, y los que sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia y los herederos de unos y otros»*.

⁹⁶ OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., *El recurso de apelación...*, op. cit., págs.. 151 y 152, citando a MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit. págs.. 167 y ss., y a AIKÍN ARALUCE, S., *El recurso de apelación ...*, op. cit. págs.. 102 y ss.

traiga causa el recurso, olvidándose, quizá por su excepcionalidad, del tercero condenado”⁹⁷.

Ello nos lleva a una distinción necesaria: entre los terceros condenados en la sentencia, y aquellos otros terceros que sin ser parte ni haberse dictado sentencia en su contra tienen interés en apelar. En el primer caso, no hay dudas de que puede afirmarse su legitimación para recurrir en apelación, pues aunque no haya sido parte en la litis, le afecta de forma inmediata la resolución dictada causándole un perjuicio directo, y privarle del derecho a recurrir conllevaría la vulneración del principio de contradicción conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser oído. Este tercero, como afirma SERRA DOMÍNGUEZ, “aunque no haya sido parte en el proceso es parte respecto de la sentencia y lo será en un eventual proceso de ejecución”⁹⁸. Y ello aunque el art. 13 LEC sólo se refiera a los intervinientes en calidad de parte en juicio de que traiga causa el recurso, sin hacer mención alguna al tercero condenado. Bien es cierto, que esta posibilidad de condena de un tercero, normalmente se producirá en un litigio en el que haya mediado algún fraude procesal en daño del no litigante⁹⁹.

El segundo caso, el de quien sin ser parte en la primera instancia ni condenado en la sentencia dictada, resulta perjudicado por la sentencia y por tanto tiene interés en apelar, es más peculiar. El art. 13 LEC no despeja la duda de si la primera comparecencia puede producirse en la interposición del recurso, pues admite la intervención «*mientras esté pendiente el proceso*», pero se refiere sólo a la condición de demandante o demandado, sin mencionar al recurrente o recurrido. Autores como PASCUAL SERRATS consideran que estos terceros están legitimados para recurrir, si bien cuando concurren las mismas circunstancias que legitiman para intervenir en la instancia, es decir, detentan la titularidad de la relación deducida en el proceso

⁹⁷ CALDERÓN CUADRADO, M.P., “Disposiciones generales sobre los recursos. Una referencia crítica al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Presente y futuro del proceso civil*, director PICO I JUNOY, J., Barcelona, 1998, pág. 342-343

⁹⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Del recurso de casación”, *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pág. 825

⁹⁹ A estos supuestos, con cita del Derecho italiano, se refiere CEDEÑO HERNÁN, M., *La tutela de los terceros...*, *op. cit.*, pág. 99.

(interviniente litisconsorcial), o la titularidad de una relación dependiente de aquélla (interviniente adhesivo simple)-. Así afirma la autora mencionada que “el proceso no ha finalizado, sino que a través de la apelación se abre una nueva fase del mismo; si la intervención es posible en cualquier momento durante la pendencia del proceso, cabe pensar que podrán hacerlo precisamente recurriendo o, incluso, durante la tramitación del recurso”¹⁰⁰. No obstante, parece claro que cuando el art. 13 LEC admite la posibilidad de intervención «*mientras se encuentre pendiente el proceso*», está permitiendo, aunque implícitamente, la posibilidad de intervenir por primera vez en apelación.

Por otra parte, legitimado pasivamente en el recurso de apelación, y por tanto la condición de apelado, potencialmente la podrán tener todas las personas que hayan tenido la condición de parte en la primera instancia, aunque no todas ellas necesariamente tendrán tal condición de parte pasiva en la apelación. En los procesos con singularidad en la posición (en los que no exista ningún tipo de litisconsorcio), no cabe duda que si una recurre, la otra necesariamente adquirirá la condición de apelado, en tanto resultará perjudicada por sentencia que se dicte en una hipotética estimación del recurso. Ahora bien, al igual que con la legitimación activa, los problemas se plantean en los casos de pluralidad –de partes- en alguna de las posiciones procesales (ya sea por situaciones litisconsorciales, adhesivas simples, o por acumulación de procesos). Piénsese, por ejemplo, en los casos de las personas que ocupando la misma posición procesal en la instancia que el apelante posteriormente no recurren.

Hablamos de pluralidad de partes cuando dos o más personas se constituyen en un proceso en la posición de demandante y/o demandado, estando legitimadas para ejercitar o para que frente a ellas se ejercite una pretensión, de manera que el juzgador ha de dictar una única sentencia con un solo pronunciamiento que tiene la virtualidad de afectar a todas las partes de modo directo o reflejo¹⁰¹. En estos casos en los que además no se exige una actuación conjunta, sino que cada uno de los litisconsortes puede

¹⁰⁰ PASCUAL SERRATS, R., *El recurso de apelación civil...*, op. cit., págs. 183-184. La autora pone como ejemplo los casos de solidaridad, citando el artículo 1141.2º Cc: «*Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos estos, sin que el acreedor esté obligado a demandarlos conjuntamente, a la vez, bastando dirija la reclamación contra uno sólo*».

¹⁰¹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II*, op. cit., pág. 83.

adoptar una postura distinta, se plantea el problema de si quienes actuaron en litisconsorcio y no recurrieron habiéndolo hecho uno de ellos, ocupan la posición de apelantes, de apelados, o permanecen al margen del procedimiento impugnatorio aun cuando resulten afectados por la resolución que se dicte. FAIRÉN GUILLÉN lo resuelve de la siguiente manera: “Todo litisconsorte necesario o cuasinecesario puede interponer los recursos admisibles según la ley. El recurso interpuesto por uno de ellos aprovecha a los demás, según el principio de representación. En este sentido, la Partida III, Ley V, Título XXIII establece: «*Acaesciendo que diessen sentencia sobre alguna cosa que fuesse mueble o rays que perteneciesse a muchos comunalmente si alguno de ellos se alçó de aquel juicio, e siguió en la alçada en manera que venció non tan solamente faze pro a el, mas a sus compañeros bien assi como si todos ouiessen tomado alçad e seguido el pleito*»¹⁰². Si bien matiza que no se trata de una auténtica representación, pues lo que ocurre es que “se concede a las actuaciones llevadas a efecto en interés propio un acto reflejo sobre la posición procesal de los litisconsortes inactivos o rebeldes”. CARRERAS DEL RINCÓN, por su parte, señala que la doctrina ha admitido pacíficamente que la actividad procesal de uno de los litisconsortes que “produzca consecuencias favorables aprovecha a todos los demás, aunque se hubieran aquietado. En cambio, los actos perjudiciales realizados por uno sólo de los litisconsortes necesarios no perjudican a los demás litisconsortes; es más ni siquiera perjudican a quien los realizó. Ello ocurrirá en la medida en que dicho acto afecte al Derecho material y en que pueda considerarse común a todos ellos: siendo así, si puede calificarse de favorable, gozará de eficacia general, si perjudica a los demás no será en absoluto eficaz”¹⁰³.

Trasladando la anterior doctrina a situaciones concretas, por ejemplo al caso de obligaciones solidarias, si recurre uno de los demandados condenados negando la existencia de una deuda o pide su reducción, los demás aun cuando permanezcan al margen del recurso resultarán afectados por la sentencia que finalmente resuelva la apelación en la medida en que será más beneficiosa en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*. Ahora bien, si el recurrente lo que pide es que el tribunal *ad quem*

¹⁰² FAIRÉN GUILLÉN, V., “Sobre el litisconsorcio en el proceso civil”, *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1995, pág. 151.

¹⁰³ CARRERAS DEL RINCÓN, J., *La solidaridad de las obligaciones desde la óptica procesal*, Barcelona, Bosch, 1990, pág. 215.

se pronuncie sólo sobre su responsabilidad, en el caso de estimación del recurso los demás litisconsortes se verán afectados negativamente en la medida en que la proporción de la deuda que les corresponde será mayor. Por ello debemos entender, que todos los litisconsortes ostentan legitimación pasiva en el recurso de apelación, y por tanto adquieren la condición de apelados en el recurso de apelación, y todos ellos deben considerarse incluidos en el término “partes” del art. 461 LEC.

Podemos concluir que la legitimación pasiva corresponde a todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por los pronunciamientos de la resolución. En el caso de las personas que fueron parte en la primera instancia, no hay problema ninguno; y aunque pudiera parecerlo, tampoco en el caso de terceros que acrediten ser afectados por los pronunciamientos de la resolución recurrida.

G.- LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL» DEL APELANTE INICIAL

Debemos tratar una cuestión más en lo que se refiere a quién puede formular la apelación «reconvencional»: ¿Puede el apelante inicial formular apelación «reconvencional»? Se trata de un caso que se ha producido con cierta frecuencia en la práctica y que ha sido resuelta por nuestros tribunales en sentidos contrarios, incluso por el Tribunal Supremo en dos sentencias contradictorias entre las que apenas medió el plazo de 4 días¹⁰⁴, si bien a partir de la sentencia de 18 de enero de 2.010, las Audiencias Provinciales, acogiendo la interpretación del Tribunal Supremo, van homogeneizando su doctrina.

La discusión se origina como consecuencia de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC. Considerando aisladamente el apartado 1 del art. 461 LEC, la respuesta ha de ser favorable a la posibilidad de que el apelante inicial formule apelación «reconvencional», toda vez que como declara la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), en sentencia núm. 114/2006, de 28 de junio (AC\20060\400271),

¹⁰⁴ Así, en las sentencias de 13 y 18 de enero de 2.010, que más adelante, en el apartado “C.- Casos y Supuestos”, comentamos.

el art. 461.1 LEC permite a cualquier parte apelada impugnar la sentencia en lo que le resulte desfavorable sin ningún límite procesal, sea o no esa parte apelada a su vez apelante inicial. Ahora bien, el apartado 2 del art. 461 LEC hace mención a los escritos de oposición al recurso y, en su caso, «*de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido*», lo que lleva pensar que solamente quien no tenga la condición de apelante inicial, puede deducir escrito de impugnación a medio de apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461 LEC¹⁰⁵.

Es claro que el supuesto sólo podrá darse en el seno de un procedimiento en que se ventilen pretensiones complejas (acumulación de acciones, o pluralidad de partes), pues en el esquema básico de relación bilateral sencilla, esto es demandante y demandado con una sola pretensión a resolver en la primera instancia, el caso no podrá darse. Se dictará una sentencia en primera instancia estimando o desestimando la demanda, y sólo una de las partes podrá sufrir perjuicio por el pronunciamiento contenido en la resolución, por lo que la otra parte carecerá de legitimación para recurrir.

Ahora bien, en los casos de relaciones bilaterales compuestas (un demandante frente a varios demandados; varios demandantes frente a un demandado; varios demandantes frente a varios demandados; o en los casos de acumulación objetiva de acciones que conllevarían el dictado en primera instancia de una resolución con varios pronunciamientos), puede darse el siguiente supuesto: Demandante que ejercita dos acciones, una contra un demandado a quien se le condena (estimación total), y otra contra dos codemandados de quienes pide la condena solidaria al pago de una cantidad, estimándose parcialmente la demanda frente a los dos, a quienes se les condena a pagar una cantidad inferior a la solicitada en la demanda. ¿Quién tiene la condición de apelante inicial con respecto de un sujeto procesal, puede a su vez formular apelación reconvencional frente a otro sujeto que también ostenta la condición de apelante inicial? ¿Puede el demandante que ha preparado e interpuesto recurso sólo contra uno de los

¹⁰⁵ En este sentido por ejemplo, se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 869/2009 de 18 de enero (RJ\2010\416) que más adelante comentamos, y que es contraria a sentencia núm. 865/2009, de 13 de enero (RJ\2010\1273). Además del Tribunal Supremo, son muchas las Audiencias Provinciales que se pronuncian con el mismo argumento, cuyas resoluciones citamos más adelante.

codemandados solidarios por la desestimación parcial, y formular apelación «reconvencional» frente al otro codemandado que preparó e impugnó la sentencia contra la estimación parcial?¹⁰⁶.

Con una primera y rápida interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC, podríamos afirmar que el sujeto procesal que adquiere la condición de apelante inicial no puede adquirir la de apelante «reconvencional», con independencia de frente a cuáles de los sujetos procesales ostente o no dicha condición. Es decir, si el apelante inicial adquiere la condición por haber preparado el recurso de apelación ex.

¹⁰⁶ De forma más gráfica y detallada, el supuesto de hecho sería el siguiente:

- Procedimiento de primera instancia en el que el demandante A acumula dos acciones que dirige frente a tres codemandados: la primera acción frente a B, y la segunda acción solicitando la condena solidaria contra C y D. Se dicta sentencia por la que se estima totalmente la acción dirigida frente a B. Además se condena a C y D solidariamente al pago de la mitad de lo pedido por A, esto es, se estima/desestima parcialmente la demanda frente a C y D.
- En el trámite de preparación del recurso de apelación (art. 457 LEC), A prepara recurso contra el pronunciamiento por el que se desestima parcialmente la demanda frente a C y D, pero dirige el recurso sólo frente a C, pues no solicita la revocación de la sentencia frente a D; no está legitimado para recurrir la estimación de la demanda frente a B por cuanto no le causa perjuicio, y se aquieta con el pronunciamiento que le es desfavorable de la desestimación parcial de la demanda frente a D.
- También en el trámite de preparación del recurso de apelación, D prepara recurso contra el pronunciamiento por el que se estima parcialmente la demanda de A frente a él; no está legitimado para recurrir la estimación de la demanda frente a B. Y aun cuando está legitimado para recurrir la estimación de la demanda frente a C por tratarse de una obligación solidaria, si aquieta con el pronunciamiento.
- Se tiene por preparado el recurso (art. 457.3 LEC) de A frente a C, por lo que A adquiere la condición de apelante inicial, y C la condición de apelado; y se tiene por preparado el recurso de D frente a A, por lo que D adquiere la condición de apelante inicial, y A la condición de apelado. Obsérvese que A tiene la doble condición de apelante inicial y de apelado, pero es apelante inicial; y que al tiempo, C tiene interés en el recurso de D, y éste en el recurso de A frente a C, toda vez que la pretensión deducida por A es la condena solidaria.
- De los escritos de interposición de los recursos de A frente a C y de D frente a A, se da traslado a las demás partes (art. 461 LEC, en el que el legislador dice que se dará traslado a las demás partes sin acotar el traslado a las partes apeladas), y la posición que adoptan es la siguiente:
 - B guarda silencio pues en nada le afecta el recurso que A dirige frente a C, ni el que D dirige frente a A.
 - D sin oponerse al recurso de apelación que A dirige frente C impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» frente a A. Recuérdese que al tratarse de una obligación solidaria la que reclama A frente a C y D, la condena de C perjudica a D, y la de D perjudica a C (art. 1141, 1145 y ss. del Código civil).
 - C, se opone al recurso que A dirige frente a él combatiendo la desestimación parcial de la demanda frente a C, y al tiempo impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» y solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se estimó parcialmente la demanda que le dirigió A.
 - A por su parte, se opone al recurso de D.
- En el trámite de alegaciones a las impugnaciones deducidas por C y D del art. 461.4 LEC, A se opone a las apelaciones «reconvencionales» que han deducido C y D frente a ella.

art. 457 LEC, es en dicho momento en el que debió señalar todos los pronunciamientos que resultándole desfavorables quería combatir, sin que pueda ampliarlos en trámites posteriores (ni en el escrito de impugnación del art. 458 LEC ni por vía de la apelación «reconvencional» ex. art. 461.1 LEC), porque lo impiden el principio de preclusión, y el propio art. 461.2 LEC en tanto sólo se refiere al escrito de impugnación de la sentencia, y por tanto a la apelación «reconvencional», deducida *«por quien inicialmente no hubiere recurrido la sentencia»*. No obstante, y sin perjuicio de lo que más adelante argumentamos, podríamos hacer desde este momento una rápida objeción: el apartado 1 y el apartado 2 no son complementarios, pues el primero tiene por objeto la regulación de un trámite cuya inspiración es el principio de audiencia y contradicción (dar la oportunidad al apelado de oponerse, alegar y contradecir, la apelación dirigida contra él) y la concesión de una facultad cuya razón de ser se explica en la Exposición de Motivos de la LEC: la impugnación tardía de la resolución de primera instancia. El apartado 2, por su parte, tiene por objeto regular la forma en que la evacuación del trámite de oposición y de la apelación «reconvencional» deben llevarse a cabo, pero ni concede ni priva de facultades¹⁰⁷.

Consideramos que el Tribunal Supremo simplifica en exceso la cuestión, y como consecuencia de la simplificación llega a una errónea conclusión. Para poder darle solución es necesario considerar aisladamente las relaciones procesales entabladas entre cada uno de los sujetos procesales, en un doble sentido: por un lado, la relación subjetiva que se entabla entre unos y otros; por otro lado, la relación objetiva, esto es, considerando el pronunciamiento que se combate, bien en apelación inicial, bien en apelación reconvencional. Y ello porque la condición de apelante inicial se puede tener con respecto de un sujeto procesal, pero no con respecto de otros; más aún, con respecto de un mismo sujeto procesal se puede tener la condición de apelante inicial con base en la discusión de un pronunciamiento, pero a la vez la condición de apelado (no apelante inicial) con base en otros pronunciamientos. Es necesario a nuestro entender, establecer el esquema de relaciones bilaterales entre los sujetos procesales y con respecto de cada uno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, para así establecer

¹⁰⁷ De ahí que consideremos desacertado que se afirme con respecto de la apelación «reconvencional», que el art. 461.2 LEC *“reserva esa posibilidad impugnatoria solo y exclusivamente a la parte que “inicialmente no hubiere recurrido”, afirmación que hace la Audiencia Provincial de Burgos en sentencia núm. 34/2010 de 28 de enero (AC\2010\732).*

una regla que sirva para resolución de todos los casos que se planteen en la práctica. Así analicemos cada una de las relaciones bilaterales existentes entre los distintos sujetos procesales del ejemplo, con base en cada uno de los pronunciamientos discutidos, para así poder determinar si las actuaciones llevadas a cabo son procesalmente admisibles:

i.- La relación procesal entre A y B no plantea problemas. A obtuvo un pronunciamiento favorable, estimatorio de la demanda, y B que estaba legitimado para recurrir, se aquietó con el pronunciamiento. Al no preparar ni interponer recurso el perjudicado B, el pronunciamiento adquirió firmeza produciéndose los efectos de la cosa juzgada formal y material (arts. 207 LEC).

ii.- La relación procesal entre A y C: la pretensión de A en la primera instancia fue la condena solidaria de C (junto a D) al pago de una determinada cantidad. La sentencia de primera instancia dicta un pronunciamiento que al tiempo beneficia y perjudica a A y a C: la estimación/desestimación parcial de la demanda. Esto es, nos encontramos con dos sujetos procesales y dos pronunciamientos recurribles (en tanto causan perjuicio a alguna de las partes). Las actuaciones procesales que pudieron llevar a cabo cada una de ellas son:

A preparó recurso de apelación contra la desestimación parcial de la demanda frente a C (art. 457 LEC), y tenido por preparado, interpuso el recurso (art. 458 LEC). A adquirió la condición de apelante inicial con respecto a C, y una vez que a éste se le da traslado del recurso (art. 461.1 LEC), C no se opone. No obstante, y comoquiera que C es perjudicado por la estimación parcial, existiendo un apelante inicial que es A (recordemos que uno de los presupuestos de la apelación «reconvencional» es la previa existencia de un apelante inicial), impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» en la forma establecida en el art. 461.2 LEC (art. 461.1 LEC). De esta manera A suma a su condición de apelante inicial de C, la de apelado «reconvencional» de C; y C a su condición de apelado inicial de A, la de apelante «reconvencional» de A.

No se plantearía el problema de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC, toda vez que el apelante inicial A no formula a su vez apelación «reconvencional» (con independencia de que no pueda como luego indicamos); y quien si la formula que es C, no tiene la condición de apelante inicial.

Señalemos que C por su parte, pudo haber preparado ex art. 457 LEC recurso de apelación contra la estimación parcial de la demanda que frente a él dedujo A, y tenido por preparado el recurso, interponerlo. Así A habría adquirido la posición procesal de apelado inicial con respecto a C, y una vez se le diera traslado podía oponerse al recurso de C. Pero A ya no podía formular apelación «reconvencional» porque con respecto al mismo sujeto procesal C y mismo pronunciamiento (desestimación parcial) ha adquirido la condición de apelante inicial. Veamos: A tiene esta condición de apelante inicial en todo caso, pues preparando recurso de apelación ex. art. 457 LEC la adquiere. Pero lo determinante es frente a quién adquiere la condición y con respecto a qué pronunciamiento la adquiere. En el ejemplo, A no adquiere la condición de apelante inicial con respecto de B, porque no preparó recurso ex art. 457 LEC frente a B (con independencia de que no estaba legitimado para ello, pues el pronunciamiento con respecto a B no le causaba perjuicio ni le suponía gravamen)¹⁰⁸.

iii.- La relación procesal entre A y D: La pretensión que formula A en la primera instancia, en lo que al sujeto procesal D se refiere, es la condena solidaria de D al pago de una cantidad, petición que es parcialmente desestimada, por lo que causándole perjuicio, A pudo señalar como pronunciamiento a impugnar en el escrito de recurso que preparó ex art. 457 LEC frente a C, el pronunciamiento desfavorable que en la primera instancia desestimó la reclamación frente a D¹⁰⁹. No obstante, A se aquietó con

¹⁰⁸ Si uno de los presupuestos para poder recurrir una resolución, es que ésta afecte desfavorablemente al interesado (art. 448 LEC), lógico resulta que todas las actuaciones procesales con respecto a ese pronunciamiento se dirijan frente al beneficiado por el pronunciamiento, pero no con respecto a los demás sujetos procesales a quienes en nada tiene por qué afectarles el pronunciamiento. Si el pronunciamiento perjudica a A y beneficia a B, y en nada afecta a C, el recurso de A puede no afectar en nada a C, por lo que C ni se opondrá al recurso de A frente a B, ni cumplimentará el emplazamiento ante la Audiencia Provincial ex. art. 463 LEC.

¹⁰⁹ El trámite de preparación del recurso del art. 457 LEC es común con para todos los sujetos procesales, y único con respecto a la resolución de primera instancia. Esto es: aun cuando A quiera dirigir su recurso frente a varios sujetos, evacuará un solo escrito de preparación, y no tantos como sujetos frente a los que dirija el recurso de apelación. Del mismo modo, en ese único escrito, señalará todos los pronunciamientos

el pronunciamiento. Obsérvese que A adquirió la condición de apelante inicial con la preparación del recurso frente a C, por lo que siguiendo la interpretación del Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de enero de 2.010, ya no podría formular apelación «reconvencional» contra ninguno de los sujetos procesales en el trámite del art. 461.1 LEC.

D por su lado, en el trámite de preparación del recurso de apelación, preparó recurso contra el pronunciamiento por el que se estima parcialmente la demanda de A frente a él. De esta manera D adquiere la condición de apelante inicial, aunque sólo frente a A y con respecto al pronunciamiento de estimación parcial de la pretensión de condena solidaria, y A a su vez adquiere la condición de apelado sólo frente a D y con respecto al mismo pronunciamiento. Obsérvese, como señalábamos antes, que el pronunciamiento contra el que D prepara recurso de apelación frente a A, afecta también a C, pues al tratarse al tratarse de una obligación solidaria la que reclama A frente a C y D, la condena de C perjudica a D, y la de D perjudica a C (art. 1141, 1145 y ss. Código civil). Sin embargo D, aún cuando mediante la preparación el recurso de apelación frente a A adquiere la condición procesal de apelante inicial, entendemos que sólo la adquiere con respecto de A, y no con respecto del resto de los sujetos procesales, máxime cuando en el caso la parte activa es singular. D, que integra la parte pasiva junto a B y C, no adquiere la condición de apelante inicial ni de apelado con respecto de B y C, por la misma razón por la que un codemandado no puede dirigir recurso de apelación frente a otro codemandado¹¹⁰.

que quiere combatir, con independencia de que esos pronunciamientos afecten a distintos sujetos procesales. Bien es cierto que nada impide que el apelante inicial formule tantos escritos de preparación ex art. 457 LEC como sujetos procesales frente a los que dirigirá la apelación, incluso en algunos casos (tal vez que exponemos) pueda ser conveniente. Eso sí, todos los escritos habrán de reunir los requisitos de forma y plazo. En consecuencia, el órgano *a quo* podrá dictar ex art. 457.3 y 4 LEC una sola resolución teniendo por preparados o denegando todos los recursos de apelación (aunque sean varios se tramitarán en un solo proceso), o bien tantas resoluciones como escritos de preparación.

¹¹⁰ En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), núm. 409/2010 de 15 de julio (JUR\2010\400274): *“Si como ocurre en este caso, hay más de una parte en una de las posiciones procesales (aquí se trata de tres demandadas), ninguna de ellas, por vía de recurso (principal o mediante impugnación de la sentencia) puede pedir la condena o empeoramiento de la situación de las demás que tengan su misma condición: todo lo más podrá una de las demandadas, por ejemplo, atacar los argumentos de otra que pueda perjudicarle a ella; en casos como este, de reclamación por responsabilidad decenal dirigida contra la empresa constructora, el arquitecto y el aparejador, en que han resultado condenadas las tres demandadas solidariamente, si el recurso de la constructora se basara en alegar que la única responsabilidad era del aparejador, podría éste atacar los argumentos del recurso que se basan en esa tesis, como medio de salvar su propia responsabilidad, que se vería agravada si*

Avanzando, en el trámite del art. 461.1 LEC, D sin oponerse al recurso de apelación que A dirige frente C, impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» frente a A y contra el pronunciamiento por el que se estima parcialmente la demanda frente a C. Veamos: el pronunciamiento por el que se condena a C a pagar la mitad de lo que en primera instancia A reclamo solidariamente a C y D, reiteramos que causa un claro perjuicio a D, toda vez que una vez que C pague a A aquello a lo que se le condenó (o se le cobre en ejecución de sentencia), al amparo del art. 1145 Código civil que establece *«el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo»*, C podrá reclamárselo a D, precisamente con base en la sentencia de primera instancia si es que el recurso de C es desestimado. Es evidente que D tiene interés directo en el recurso de A frente a C, y que el pronunciamiento de primera instancia, como el que se dicte en segunda instancia, le afectará favorable o desfavorablemente.

Por ello consideramos que D, está legitimado para en el trámite de impugnación de la sentencia del art. 461.1 LEC, formular apelación «reconvencional» frente A y contra el pronunciamiento frente al que causándole perjuicio (el producido contra C) inicialmente se aquietó, y que una vez conocido que por A se preparó recurso frente a la desestimación parcial, decidió a su vez recurrirlo en apelación «reconvencional». Llegamos a esta conclusión porque, si bien es cierto que entre A y D existe relación procesal en el recurso de apelación, toda vez que A es apelado de D, y D es apelante inicial con respecto a A, esa relación procesal se entabla con ocasión del recurso contra el pronunciamiento de primera instancia consistente en la estimación parcial de la demanda frente a D, pero no con respecto al pronunciamiento en que se estima parcialmente la demanda frente C. Es decir, concurriendo al relación subjetiva, falta la objetiva: D es apelante inicial frente a A con respecto al pronunciamiento de estimación, pero ni D es apelante inicial frente a A, ni este es apelado de D, con respecto al pronunciamiento de estimación frente a C, que si perjudica a D y beneficia a A.

fuese acogido el recurso de la empresa y excluida esta de la responsabilidad pedida en la demanda; pero con ello solo podría, si no hubiera recurrido a su vez la sentencia, solicitar la confirmación de la misma”

De ahí que podemos concluir con la proposición de la siguiente regla, válida no sólo para los casos de pluralidad de partes, sino también para los de singularidad en las dos posiciones procesales: quien es apelante inicial con respecto de un concreto sujeto procesal con ocasión de un determinado pronunciamiento, puede usar del trámite de impugnación del art. 461.1 LEC mediante la apelación «reconvencional» frente a otro sujeto procesal y con respecto a pronunciamientos distintos de los contenidos en el escrito de preparación del recurso inicial ex art. 457 y 458 LEC.

H.- LA «RECONVENCIÓN» A LA APELACIÓN «RECONVENCIONAL»

Establece el art. 464.4 LEC que *«De los escritos de impugnación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, se dará traslado al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente»*. Obsérvese que el traslado que se prevé lo es a quien tiene la condición de apelante inicial con respecto del apelante «reconvencional», y sólo a los efectos de oposición a la apelación «reconvencional», y no a otros efectos como el de ejercitar una especie de «reconvención» a la apelación «reconvencional», produciéndose una absurda situación que llevaría, por virtud del principio de audiencia y contradicción, a un nuevo trámite no previsto consistente en dar traslado de la «reconvención» al apelante «reconvencional», para que éste a su vez pudiera oponerse a dicha «reconvención», quien sabe si formulando a su vez apelación «reconvencional» a la «reconvención frente a la apelación reconvencional primera» y así sucesivamente. Esto es, a una situación de apertura reiterada e indefinida de los trámites sucesivos previstos en los arts. 461.1 y 461.4 LEC, que ni el legislador prevé, ni quiere.

Dictada una sentencia en primera instancia que contiene varios pronunciamientos, con respecto de cada uno de los pronunciamientos las partes disponen de dos momentos u opciones para combatirlo, siempre y cuando el concreto pronunciamiento les cause perjuicio o gravamen: el primero, digamos automático, consistente en la preparación (art. 457 LEC) y posterior interposición (art. 458 LEC) del recurso de apelación, frente al pronunciamiento que le causa gravamen; el segundo, digamos condicionado, al que sólo se accede si previamente alguno de los sujetos

procesales ha abierto la apelación inicial, y que es el previsto en el art. 461 LEC, impugnando el pronunciamiento mediante la apelación «reconvencional». Fuera de estos momentos no es posible combatir un pronunciamiento contenido en la resolución de primera instancia, por dos razones: la primera es el principio de audiencia y contradicción de la otra parte; la segunda, porque el legislador no ha previsto cauce para ello.

Así, por lo que se refiere al principio de audiencia y contradicción, CHOZAS ALONSO señala con acierto: “Cuando el apelado no se limita a oponerse al recurso de apelación, sino que impugna autónomamente la sentencia a través del trámite previsto en el art. 461.1 LEC, se suma a la apelación originaria, y abre la posibilidad de que el apelante principal, como correlato de esta actuación sobrevenida, pueda pronunciarse sobre la inviabilidad de dicha impugnación (o sobre la admisibilidad de la documentación aportada o sobre la prueba propuesta por la contraparte). Sin embargo, en este trámite de mera oposición (art. 461.4 LEC), el mencionado apelante originario debe tener vedada toda posibilidad de introducir nuevas alegaciones y/o pretensiones frente al apelado-apelante (cosa que debió hacer en los escritos de preparación e interposición del recurso), ya que éste carece de un trámite equivalente para defenderse”¹¹¹.

I.- DOS CASOS CONTROVERTIDOS: LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA EN TRÁMITE DE OPOSICIÓN, POR QUIEN PREPARÓ RECURSO DE APELACIÓN Y NO LO INTERPUSO; Y EL SUPUESTO DE LA PLURALIDAD DE PARTES

Decíamos con anterioridad que, dentro de la tramitación del recurso de apelación, el trámite de potestativa impugnación previsto en el art. 461 LEC es el que más casuística ofrece en la práctica diaria ante los tribunales, sin duda porque permite un amplio margen a la estrategia procesal. Así las opciones son muy diversas, tanto en los casos de singularidad en cada una de las posiciones en la primera instancia (un solo demandante frente a un solo demandado), como en los casos de pluralidad en cada una de las posiciones (situaciones litisconsorciales), y con independencia de la siempre

¹¹¹ CHOZAS ALONSO, J.M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*

posible intervención de terceros que puedan resultar perjudicados por la sentencia de primera instancia (como el caso de la solidaridad de obligaciones ya citado).

Abordamos el estudio de los más significativos y que, con mayor o menor acierto, han sido resueltos por la jurisprudencia (en sentido amplio, y por tanto incluyendo la denominada “jurisprudencia menor”).

I.1.- LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA EN TRÁMITE DE OPOSICIÓN, POR QUIEN PREPARÓ RECURSO DE APELACIÓN Y NO LO INTERPUSO: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 1ª), NÚM. 114/2006, DE 28 DE JUNIO (AC\20060\400271)

Puede darse el supuesto de que contra la resolución de primera instancia se prepare el recurso de apelación por ambas partes, demandante y demandada, y que solo una de ellas lo interponga adecuadamente, teniendo en cuenta los dos momentos a los que antes aludíamos: preparación e interposición. Se cuestiona si la parte que no lo interpuso en forma adecuada, puede impugnar la resolución por medio de la apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461.1 LEC.

Conforme al art. 461 LEC, en principio no habría inconveniente, máxime si tenemos en cuenta que la apelación «reconvencional» es un recurso autónomo, para el que se concede un tardío plazo de interposición. Recordemos que el art. 457 LEC establece que el recurso de apelación se preparará mediante un escrito en el que el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir, expresando los pronunciamientos que impugna; preparado o anunciado el recurso, y comprobado el cumplimiento de los requisitos, el juzgado *a quo* lo tendrá por preparado, emplazando al recurrente por veinte días para que lo interponga, de manera que si el recurrente no interpone el recurso en el citado plazo, o lo hace una vez vencido, «*se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida*».

Ahora bien, cuando son varios los que prepararon el recurso, y alguno de ellos lo interpuso en plazo, el anunciante que no interpuso el recurso, o no lo hizo dentro del plazo, posteriormente será emplazado para que presente escrito de oposición al recurso del recurrente que si lo interpuso, *«o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable»*. Es en este momento cuando el anunciante que no interpuso y cuyo recurso se declaró desierto, impugna la resolución en lo que le resulta desfavorable aprovechando esta “nueva oportunidad”, esto es, interpone el recurso que ya se declaró desierto.

La Audiencia Provincial de Navarra apreció correcta la actuación del apelante «reconvencional», con el argumento de que no existe obstáculo procesal para examinar la impugnación realizada por el anunciante que no interpuso, toda vez que el art. 461.1 LEC permite a cualquier parte apelada –y el anunciante que no interpuso lo es por virtud del recurso de apelación interpuesto por su contrario-, impugnar la sentencia en lo que le resulte desfavorable, *“sin ningún límite procesal, por lo que no es procedente negar a la parte actora dicha posibilidad, aun cuando inicialmente hubiese anunciado su voluntad de recurrir la sentencia, mediante la presentación del escrito preparando el recurso de apelación, ya que no habiéndose articulado el mismo, lo que es legítimo procesalmente, al convertirla en parte apelada le es posible, con ocasión de los recursos de apelación de las otras partes, impugnar la sentencia en aquello que pueda resultarle desfavorable”*.

Cierto es que el art. 461.1 LEC, no establece ningún límite procesal para la impugnación de la sentencia por el apelante no inicial. Por su parte, el art. 461.2 LEC establece que los escritos de oposición y de impugnación de la sentencia habrán de formularse con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición. Al referirse al escrito de impugnación de la sentencia, especifica y concreta *«por quien inicialmente no hubiere recurrido»*, de manera que puede considerarse, pues no lo dice de forma explícita, que el escrito de impugnación de la sentencia a que se refiere el apartado primero, sólo puede formularlo *«quien inicialmente no hubiere recurrido»*.

De la lectura conjunta de los dos apartados del art. 461 LEC a los que nos venimos refiriendo, puede concluirse que el trámite de impugnación de la sentencia –lo que estamos denominando «apelación reconvencional»– está previsto para quien inicialmente no manifestó su voluntad de recurrir, máxime si tenemos en cuenta que el art. 458.2 LEC establece que la no presentación del escrito de interposición (facultad que solamente tiene aquél que previamente lo anunció o preparó y a quien se le admitió, siempre ex art. 457 LEC), conllevará la declaración de desierto del recurso de apelación.

No podemos estar de acuerdo con los argumentos de la Audiencia Provincial de Navarra, pues si bien es cierto que el art. 461.1 LEC no establece ningún límite procesal para la impugnación –lo que tampoco es del todo cierto en puridad, pues para la impugnación de la sentencia existen los mismos límites que para la preparación del recurso: plazo, gravamen, etc.–, en el caso de autos si existen límites. Por un lado porque de la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 461 LEC podría desprenderse que la apelación «reconvencional» está reservada a quien no fue apelante inicial. Así el apartado 2 se refiere expresamente al escrito de impugnación *«por quien inicialmente no hubiere recurrido»*; además la Exposición de Motivos parece reservar en exclusiva la opción para quien fuera inicialmente apelado, al señalar: *«Cabe mencionar que la presente Ley, que prescinde del concepto de adhesión a la apelación, generador de equívocos, perfila y precisa el posible papel de quien, a la vista de la apelación de otra parte y siendo inicialmente apelado, no sólo se opone al recurso sino que, a su vez, impugna el auto o la sentencia ya apelado, pidiendo su revocación y sustitución por otro que le sea más favorable»*¹¹².

Por otro lado, porque conforme al art. 458.2 LEC si el apelante no presenta el escrito de interposición dentro del plazo, o lo hace fuera de plazo, se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida. Mal podría conjugarse esta declaración de desierto y la consecuente firmeza, con la posibilidad de que

¹¹² No obstante, nos remitimos al apartado dedicado a estudiar la legitimación en la apelación «reconvencional», en el que discutimos el argumento de la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2, por no parecernos demasiado adecuado.

tardíamente vuelva a articularlo por la vía de la impugnación o apelación «reconvencional»¹¹³.

Entendemos que quebrarían dos principios: el de legitimación para recurrir, pues si entendió la parte que la resolución le era desfavorable desde el principio y mediante el escrito de preparación manifestó su voluntad de recurrirla, debió cuidar la diligencia con la interposición del recurso; y el de la buena fe procesal del art. 247 LEC, que proscribe el fraude procesal.

En conclusión, la posibilidad de impugnación de la Sentencia no se concede sin más a quien tuviere la condición de apelado en un procedimiento, condición ésta que es la que tiene quien en principio manifestó su voluntad de recurrir y que al no formalizar en el plazo al efecto concedido su recurso se le tuvo por desistido del mismo, sino que la

¹¹³ En este sentido, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), en sentencia núm. 599/2010 de 17 noviembre (JUR 2011\271763); la Audiencia Provincial de Vizcaya en sentencia núm. 409/2010, de 15 de julio (JUR\2010\400274).

La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), en sentencia núm. 34/2010 de 28 de enero (AC\2010\732), se pronuncia en el mismo sentido de las anteriores, si bien además con el argumento que no compartimos y hemos discutido ampliamente, consistente en: “*Sin embargo, la parte demandada, con ocasión del traslado conferido del recurso de apelación de la parte actora, apela la sentencia de instancia, por vía de impugnación, la cual debió ser inadmitida a trámite, por no ser legalmente pertinente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 461.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reserva esa posibilidad impugnatoria solo y exclusivamente a la parte que “inicialmente no hubiere recurrido”, lo que no sucede en el presente caso*”. Sin embargo, y en sentido contrario se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en sentencia núm. 196/2009, de 6 de abril (RJ\2009\2006) (Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías), al declarar: “*La cuestión planteada en el cuarto motivo consiste en determinar si la denominada adhesión de Dª Eva al recurso de apelación presentado por su hermana una vez se había declarado precluido el presentado por ella misma constituyó un fraude procesal, tal como señala la parte ahora recurrente. Esta Sala ha venido manteniendo que la adhesión a la apelación es una posibilidad que la ley proporciona para que después de conocer la impugnación de su oponente, pueda recurrir contra la sentencia en aquellos términos que le son perjudiciales (STS 20 de abril de 1992 (RJ 1992, 3314), citada por la de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 9119)). En la interpretación del actual art. 461.1 LEC debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en torno al art. 705 LEC/1881, pues si al perjudicado por una resolución judicial le permitía impugnarla por la vía del art. 705 LEC/1881 en los mismos términos que aquel cuyo recurso de apelación ha sido declarado desierto, debe permitírsele a través del art 461 LEC/2000 la impugnación de la resolución (ver asimismo STS de 24 octubre 2001 (RJ 2001, 8132), y las allí citadas)*”. Argumento que en modo alguno podemos compartir, pues si bien atiende a la literalidad del art. 705 ALEC, se olvida el resto de preceptos que en la ALEC regulaban el recurso de apelación para cada uno de los procedimientos que preveía. Y en concreto, el art. 705 ALEC regulaba el trámite de adhesión a la apelación en el juicio declarativo de menor cuantía, precediéndole el art. 704 ALEC en el que se emplazaba al apelante inicial por diez días “*a fin de que, si les conviniera, comparezcan a usar de su derecho*”, y en el caso que examina el Tribunal Supremo, quien después se adhirió a la apelación, adquirió previamente la condición de apelante inicial, dejando decaer su derecho.

facultad de impugnar un concreto pronunciamiento de la sentencia dictada por quien en principio no se opuso a la misma se reconoce sólo a quien desde un primer momento tuvo la condición de apelado, precisamente por no mostrar su disconformidad al concreto pronunciamiento desde que lo conoció y en el plazo al efecto previsto en las normas procesales, como expresamente se indica en la Exposición de Motivos de la LEC cuando explica que se prescinde en la Ley de la denominada adhesión a la apelación regulada en la Ley Procesal anterior, perfilándose el papel de quien a la vista de la apelación de otro "y siendo inicialmente apelado", no sólo se opone al recurso sino que además impugna la resolución y pide la revocación; sin que se pueda admitir que preparar un recurso y no interponerlo sea identificable con no haber recurrido inicialmente, por cuanto que precisamente la regulación contenida en la LEC en cuanto al recurso de apelación, al diferenciar la fase de preparación del recurso de la fase de formalización del mismo, no permite realizar tal interpretación, ya que el mero hecho de presentar un escrito preparado el mismo, convirtiendo al recurrente en apelante inicialmente, y por ello, por ser tal apelante, se debe tener a esta parte por desistida de su recurso al no formalizarlo en plazo al efecto concedido.

I.2.- EL SUPUESTO DE PLURALIDAD DE PARTES: LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA POR EL APELANTE INICIAL EN EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN «RECONVENCIONAL»: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª), NÚMS. 865 Y 869/2009, DE 13 Y 18 DE ENERO DE 2.010 (RJ\2010\1273 Y RJ\2010\416):

El escrito de preparación del recurso (art. 457 LEC), tiene por objeto la delimitación del objeto, no la fundamentación, aunque no es el único acto en el que se delimita el objeto del recurso de apelación, que se va concretando sucesivamente en tres momentos procesales, como señala CHOZAS ALONSO: la preparación, la interposición y la impugnación de la sentencia por el no inicialmente apelante¹¹⁴.

¹¹⁴ Así el autor (en "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2.010", *op. cit.*), hace mención a tres momentos procesales: escrito de preparación del recurso (art. 457 LEC) en el que se han de expresar los pronunciamientos de la resolución de primera instancia contra los que se anuncia el recurso; escrito de interposición del recurso (art. 458 LEC), en el que se formaliza y fundamenta el recurso contra los mismos o menos pronunciamientos de los expresados en el recurso, pero no más ni distintos de los expresados en el escrito de preparación; y el escrito de impugnación de la sentencia o apelación «reconvencional» (el autor la denomina «sobrevvenida»).

La preparación es un acto de iniciación del proceso de impugnación en que el recurso de apelación consiste, y cuyo contenido en esencia es la declaración de voluntad por la que el recurrente muestra su decisión de recurrir¹¹⁵. Su justificación la encontramos en la Exposición de Motivos: «*No parece oportuno ni diferir el momento en que puede conocerse la firmeza o el mantenimiento de la litispendencia, con sus correspondientes efectos, ni apresurar el trabajo de fundamentación*». Bien es cierto el trámite introducido por el legislador, con ciertas similitudes a la regulación del recurso de casación que había en la LEC de 1881, fue ampliamente criticado¹¹⁶.

La parte que se considere perjudicada por uno o varios de los pronunciamientos, tiene dos opciones: preparar el recurso, o asumir el riesgo de que ninguna de las demás partes lo prepare. Si lo prepara, ha de expresar los pronunciamientos contra los que dirigirá su impugnación, fundamentándolo en la interposición. Si no lo prepara en tiempo y forma se denegará el recurso (art. 457.3 LEC); si lo prepara, se le emplazará para que lo interponga (art. 458 LEC) y habrá de ceñirse en su interposición a combatir los pronunciamientos con respecto de los que preparó el recurso -cuyo objeto no podrá ampliar aunque si reducir-, pues así lo exige el principio de preclusión. Si se asume el riesgo, habrá de esperarse al trámite de oposición y/o impugnación del art. 461.1 LEC.

La configuración básica del proceso en primera instancia, es aquella en la que una parte se dirige contra otra, en la que un sujeto ejercita una pretensión frente a otra. Así es, incluso en los casos de pluralidad de sujetos en una misma posición procesal. Un supuesto típico es aquél en que el demandante ejercita una pretensión contra un demandado, y si se quiere también contra otro u otros, de manera que se establecerán tantas relaciones bilaterales como demandantes haya que se dirijan frente a demandados. Las relaciones bilaterales podrán ser sencillas o complejas, dependiendo de si el demandante ejercita una sola acción contra un demandado, o por el contrario

¹¹⁵ Autos de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 18/2002, de 19 de febrero (JUR 2002\115868), y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de abril de 2002 (JUR 2002\165486)

¹¹⁶ Véase en este sentido el dictamen al Anteproyecto de LEC del Consejo de Estado, de fecha 17 de septiembre de 1998; y el Informe al Anteproyecto de LEC, del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1.998

ejercita varias acciones contra un demandado, lo que conllevará que la resolución de primera instancia, contenga un pronunciamiento o varios, estimatorios o desestimatorios frente a determinado sujeto.

Como hemos señalado, existe pluralidad de partes cuando en el proceso intervienen distintas partes en la misma situación procesal (en el primer caso que comentamos en la parte pasiva, en el segundo en la parte activa), de manera que se establecen dos relaciones bilaterales: A con respecto de B, y A con respecto de C.

Además, entre dos posiciones procesales se establecen tantas relaciones como pretensiones se ejerciten, bien por acumulación de acciones, o bien porque consideremos a los efectos del recurso de apelación que en la sentencia de primera instancia se “divida” la pretensión (lo que ocurre en el primer caso examinado, cuando se reclama una cantidad, y se condena por un importe inferior al reclamado)¹¹⁷. Esto es: si se reclama 100, y se condena a 50, consideraremos que la pretensión condenatoria era de 50+50, y ello con el fin de delimitar el gravamen: con un mismo pronunciamiento (el de estimación parcial de la demanda) condenando a pagar una cantidad inferior a la reclamada, las dos partes pueden sentirse perjudicadas: A en cuanto a la desestimación parcial, y B en cuanto a la estimación parcial.

Pues bien, con apenas cuatro días de diferencia, en enero de 2.010 el Tribunal Supremo se pronuncia dos veces sobre la misma cuestión, aparentemente en sentido contrario. Lo hace en las dos sentencias que estudiamos a continuación. Y decimos que aparentemente porque lo cierto es que los supuestos de hecho enjuiciados en ambos casos difieren sustancialmente como veremos. Se da la paradoja, de que en la primera sentencia (la dictada el día 13 de enero de 2.010, comentada por GONZÁLEZ GARCÍA), dos de los Magistrados del Tribunal Supremo formularon votos particulares manifestando su disconformidad con el criterio de la Sala (los Excmos. Sres. D. José

¹¹⁷ En este sentido se expresa el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias que comentamos, con un argumento que compartimos plenamente: *“De no aceptarse esta interpretación, en los casos de pluralidad de partes podría verse frustrada la finalidad del trámite de impugnación, consistente en favorecer el aquietamiento a la sentencia no totalmente favorable, pues se obligaría a quien deseara limitar su recurso a una de las partes a recurrir contra todas las demás”*.

Antonio Seijas Quintana y D. Antonio Salas Carceller), siendo el primero de ellos el ponente de la segunda de las Sentencias estudiadas (la dictada el día 18 de enero de 2.010, comentada por CHOZAS ALONSO)¹¹⁸.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 865/2009, de 13 de enero de 2.010 (RJ\2010\1273):

Sobre la base de lo recién expuesto, y en el caso enjuiciado el 13 de enero de 2.010, A demanda a B en reclamación de cantidad, así como a C como asegurador de B. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda condenando a B a pagar una parte de lo reclamado y absolviendo a C. Por B se prepara recurso de apelación, al considerar que la condena a pagar una parte es improcedente, y al tiempo A prepara recurso de apelación por considerar improcedente la absolución total de C. En el trámite de oposición al recurso de B (que recurre por la condena a pagar una parte), A impugna la sentencia por considerar que la estimación de la demanda debió de ser total frente a B, esto es, por desestimar la reclamación parcial frente a B (recurre por la absolución a B de pagar una parte).

La Audiencia Provincial que conoce de los recursos como órgano *ad quem*, no entra a conocer de la apelación «reconvencional» de A frente a B (la absolución de B a pagar Y), por considerarlo extemporáneo y argumentando que lo que en realidad pretende A es subsanar su escrito de interposición.

Esto es, partiendo del contenido del fallo de primera instancia, y para la mejor exposición y resolución de la cuestión, consideraremos las siguientes relaciones bilaterales:

1ª.- A reclama X a B, se desestima la reclamación.

A reclama Y a B, se estima la reclamación, y B prepara recurso de apelación

2ª.- A reclama X a C, se desestima la reclamación, y A prepara recurso de apelación

A reclama Y a C, se desestima la reclamación, y A prepara recurso de apelación

¹¹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*; y CHOZAS ALONSO, J.M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*.

Las analizamos separadamente:

1ª.- Las relaciones entre A y B: Es claro que B está legitimado para preparar y después interponer recurso de apelación contra A, solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se condena a B a que pague a A la cantidad Y. También es claro, que A sufre perjuicio como consecuencia del pronunciamiento que desestima parcialmente su reclamación de X contra B.

También parece claro que en esta relación bilateral entre A y B, es B quien tiene la condición de apelante inicial, y que como consecuencia de la preparación y posterior interposición por B del recurso de apelación, A ha adquirido la condición de apelado con respecto de B (y ello por más que A tenga la condición de apelante inicial con respecto de C). Del recurso de apelación interpuesto por B se da traslado a A, quien en el trámite del art. 461.1 LEC, formula oposición y además impugna la sentencia en lo que le resulta desfavorable (formula apelación «reconvencional»), esto es solicitando la revocación del pronunciamiento que con respecto a B le resulta desfavorable: la desestimación de la reclamación de la cantidad X.

Del escrito de apelación «reconvencional» de A se dará traslado a B, conforme al art. 461.4 LEC para que a su vez se oponga (*«manifieste lo que tenga por conveniente»*).

Se ha respetado en nuestra opinión, tanto el principio de igualdad como el principio de preclusión entre las dos partes afectadas por el pronunciamiento contenido en la resolución de primera instancia por el que se desestima/estima parcialmente la reclamación de cantidad de A frente a B.

2ª.- Las relaciones entre A y C: Es claro que A está legitimado para preparar y después interponer recurso de apelación contra C, solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se absuelve a C de que pague a A las cantidades X+Y.

También parece claro que en esta relación bilateral entre A y C, es A quien tiene la condición de apelante inicial, y que como consecuencia de la preparación y posterior interposición del recurso de apelación, A ha adquirido la condición de apelante inicial con respecto de C. Del recurso de apelación interpuesto por A se da traslado a C, quien en el trámite del art. 461.1 LEC, formula oposición al recurso de apelación.

Igual que en la relación anterior, se ha respetado tanto el principio de igualdad como el principio de preclusión entre las dos partes afectadas por el pronunciamiento contenido en la resolución de primera instancia por el que se desestima la reclamación de cantidad de A frente a C.

En nuestra opinión, el error de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa radica en no considerar que entre cada uno de los sujetos que ocupan la situación procesal de demandante, y cada uno de los sujetos que ocupan la situación procesal de demandado, se entabla una concreta relación, con el efecto en el recurso de apelación de constituir en apelante inicial a todo aquél que preparo el recurso contra un determinado sujeto procesal y con respecto a un concreto pronunciamiento designado en el escrito de preparación del recurso. De manera que puede haber varios apelantes iniciales que en la instancia ocuparon posiciones procesales contrapuestas, y que conllevará la existencia de tantos apelados como apelantes iniciales haya. Entenderlo de otra manera, como hace la Audiencia Provincial, avoca a considerar apelante inicial al grupo de sujetos que ocupan una determinada posición procesal en la instancia, con independencia de que individualmente hayan o no preparado el recurso.

Así lo considera con acierto el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos. Primero centra la cuestión: *“la cuestión planteada en este recurso consiste en determinar si la preclusión del trámite de impugnación afecta a las partes del pleito*

de primera instancia que hayan interpuesto recurso de apelación independientemente de la parte contra la que lo hayan dirigido o, por el contrario, no impide que quien ha recurrido en apelación contra una parte pueda hacer uso de la facultad de impugnar la sentencia frente a otra de las partes a la que no afectaba el primer recurso, si ésta interpone recurso de apelación". Y a continuación la resuelve: *"Esta Sala considera que la cuestión planteada debe ser resuelta en el sentido de que la interposición de un recurso de apelación contra una parte no impide impugnar la sentencia, en los aspectos relativos a otra de las partes a la que no afectaba el primer recurso interpuesto, si ésta, a su vez, interpone recurso de apelación"*, criterio con el que coincidimos plenamente, pues el recurso de apelación preparado e interpuesto por A solicitando la revocación del pronunciamiento por el que se absuelve a C de la demanda, en nada afecta a B, que a su vez es apelante inicial con respecto de A¹¹⁹. En el caso examinado A adquirió la triple condición de apelante inicial con respecto de C, de apelado con respecto de B y apelante «reconvencional» también con respecto de B; éste, adquirió la condición de apelante inicial con respecto de A, y de apelado «reconvencional» también con respecto de A; y C adquirió la condición de apelado con respecto de A.

A la misma conclusión de acierto del Tribunal Supremo, llega GONZÁLEZ GARCÍA cuando tras afirmar que "la decisión del Alto tribunal no merece, a nuestro entender, otra cosa que una valoración favorable", y que "pocas dudas de acierto hay en la decisión del Tribunal Supremo, por ser su criterio más conforme con el sentido de la norma procesal", argumenta: "(...) toda pluralidad de partes supone una pluralidad de objetos y, como consecuencia, exige una pluralidad de pronunciamientos en la sentencia: tantos cuantas partes demandadas haya en el proceso. Y este esquema, sencillo de entender, se puede igualmente trasladar a la segunda instancia. No compartimos, por esa razón, el argumento defendido por dos magistrados de la Sala en su voto particular en el sentido de que en una misma segunda instancia no sea posible separar las diferentes apelaciones planteadas. A nuestro juicio, el caso analizado es un ejemplo de lo contrario, y de que en nuestro sistema procesal civil tienen cabida segundas instancias con pluralidad de objetos, autónomos entre sí. (...) En definitiva, no

¹¹⁹ Así lo considera también el Tribunal Supremo, cuando afirma en la sentencia comentada: "...la recurrente estaba situada en la posición de parte apelante sólo respecto a esta última (se refiere a C), no respecto de la entidad depositaria –demandada apelante– (se refiere a B) a la que se referían las peticiones planteadas en la impugnación, que no resultaba afectada por el recurso de apelación inicialmente interpuesto"

hay óbice legal, a nuestro entender, para otorgar autonomía a los diferentes recursos de apelación propuestos contra una misma sentencia, cuando cada uno de ellos afecta a diferentes pronunciamientos y no hay conexión entre las pretensiones, incluso cuando se plantea entre diferentes sujetos; ello dicho con independencia de que, en efecto, todos los recursos hayan de ser tramitados conjuntamente, y de resolverse en la misma sentencia por la Audiencia Provincial”¹²⁰

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núms. 869/2009, de 18 de enero de 2.010 (RJ\2010\416):

Como señalábamos al comienzo de este apartado, el supuesto de hecho de la sentencia de 18 de enero de 2.010, difiere sustancialmente del de la sentencia de 13 de enero de 2.010. Así, en el que ahora estudiamos, el de la segunda sentencia, si bien inicialmente eran cuatro los sujetos intervinientes, posteriormente se desistió con respecto de uno de ellos, quedando reducidos a tres (como en el caso anterior). Ahora bien las conductas llevadas a cabo por las tres partes en la segunda instancia son distintas a las llevadas a cabo en la primera de las sentencias. Por ello afirmamos que los supuestos son distintos: las relaciones bilaterales existentes entre las partes son distintas, tanto en lo que se refiere a los sujetos como a las pretensiones ejercitadas.

En el caso enjuiciado el 18 de enero de 2.010, aun cuando A y B actuaban como demandantes bajo la misma representación procesal, los consideramos separadamente pues cada uno deduce sus pretensiones frente a la demandada, y por tanto la resolución de primera instancia debe contener necesariamente varios pronunciamientos que afectarán tanto a A como a B. Así, A demanda a C en reclamación de cantidades (X+Y); y B demanda también a C en reclamación de cantidades (W+Z). La sentencia de primera instancia contiene los siguientes pronunciamientos: Desestima la demanda de A contra C, a la que absuelve de pagar X+Y; y estima parcialmente la demanda de B frente a C a la que condena a pagar sólo W. Es importante señalar para la mejor comprensión que la acción que ejercitan los demandantes A y B, es una acción de reclamación de daños y perjuicios derivada de un accidente de circulación. En última

¹²⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo...», *op. cit.*.

instancia una reclamación de cantidad para cuya determinación se utilizan distintos conceptos: baremo indemnizatorio y cálculo de intereses.

Por A se prepara y después interpone recurso de apelación frente a C solicitando se le condene a pagar $X+Y$; B prepara y después interpone recurso de apelación frente a C solicitando se le condene a pagar Z; y C prepara y después interpone recurso de apelación frente a B solicitando se revoque el pronunciamiento por el que se le condena a abonar a B la cantidad W. En el trámite de oposición al recurso de C (que recurrió frente a B), B impugna la sentencia formulando apelación «reconvencional» frente a C y solicita se dicte sentencia por la que se acuerde “una correcta aplicación del baremo a uno de los tramos indemnizatorios”, esto es, en última instancia, solicitando se amplíe la cantidad W, lo que ya solicitó en su recurso de apelación inicial.

La Audiencia Provincial de Málaga que conoce de los recursos como órgano *ad quem*, dictó sentencia con los siguientes pronunciamientos: Desestimó el recurso de apelación de A frente a C; desestimó el recurso de apelación de B frente a C; estimó parcialmente el recurso de apelación inicial de C; y no entró a conocer la apelación «reconvencional» de B considerarla extemporánea.

Esto es, partiendo del contenido del fallo de primera instancia, y para la mejor exposición y resolución de la cuestión, consideraremos las siguientes relaciones bilaterales:

1ª.- A reclama $X+Y$ a C, se desestima la reclamación. A prepara recurso de apelación

2ª.- B reclama Z a C, se desestima la reclamación, y B prepara recurso de apelación

B reclama W a C, se estima la reclamación, y C prepara recurso de apelación.

Las analizamos separadamente:

1ª.- Las relaciones entre A y C¹²¹: Es claro que A está legitimada para preparar e interponer recurso de apelación frente a C, toda vez que sus pedimentos han sido totalmente desestimados. C por su parte, no sufre perjuicio ni gravamen como consecuencia de la desestimación de la demanda de A, por lo que no está legitimada ni para preparar e interponer recurso de apelación, ni para formular apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461.1 LEC. Al interponer A su recurso de apelación, adquiere la condición de apelante inicial con respecto de C, y éste de apelado con respecto de A.

2ª.- Las relaciones entre B y C: Es en el seno de estas relaciones donde se plantean las cuestiones discutidas. Veamos: es claro que B está legitimado para preparar e interponer recurso de apelación frente a C por la desestimación parcial de su demanda, esto es, por la absolución de C al pago de la cantidad Z, y así lo hizo convirtiéndose en apelante inicial con respecto de C, quien adquiere la condición de apelado. Además, y toda vez que C fue condenada a pagar a B la cantidad W, C estaba legitimada para preparar e interponer recurso de apelación contra su condena frente a B, lo que llevó a cabo convirtiéndose al tiempo en apelante inicial con respecto de B, y éste en apelado de C (obsérvese que B y C, adquieren por sus actos procesales la doble condición recíproca de apelante inicial y apelado). Hasta aquí, en principio todo correcto.

El problema surge a continuación: Cuando al apelante inicial B (con respecto de C) se le da traslado del recurso de apelación inicial de C, en el trámite del art. 461.1 LEC formula apelación «reconvencional» frente a C, en la que en puridad ejercita la misma pretensión que ejercitó en su recurso de apelación inicial, si bien introduciendo un argumento o fundamentación nueva frente al mismo sujeto C y con base en la misma pretensión: reclama la misma cantidad, pero solicitando se haga una aplicación distinta del baremo que no fundamentó en el escrito de interposición, y ello a pesar de que el

¹²¹ El hecho de que A y B actuaran bajo una misma representación procesal, y como hemos señalado, por un lado no impide la separación de las relaciones bilaterales, toda vez que A demanda a C, del mismo modo que B demanda a C, estableciéndose por tanto una relación bilateral entre A y C, diferenciada de la de B y C. Por otro lado, no debe llevar a confusiones: en el escrito de interposición de los recursos, los pedimentos revocatorios se presumen diferenciados, según se desprende los Antecedentes de Hecho de la Sentencia, aunque diseminados a lo largo de la Fundamentación Jurídica.

destinatario de su recurso inicial B, es el mismo que a quien dirige la apelación «reconvencional».

El Tribunal Supremo centra así la cuestión: *“Pues bien, el problema que plantea el motivo consiste en determinar si quien prepara e interpone su propio recurso de apelación queda habilitado para ampliar su objeto aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado en el suyo, extremo este que acota la particularidad del caso, dentro de las distintas soluciones procesales que pueden resultar de la impugnación, y que resolvió la sentencia recurrida negando tal posibilidad con el argumento, aceptado por esta Sala, de que “ha precluido este trámite procesal, ya que el citado artículo (se refiere al artículo 461) en su apartado segundo, permite la impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiese recurrido”.*

El error en la fijación de la cuestión, en nuestra opinión, estriba en que el apelante inicial B, en el trámite del art. 461.1 LEC, no amplía el objeto del recurso inicial, sino que introduce un argumento nuevo, una fundamentación nueva con respecto de las que contenía su escrito de interposición del recurso. Y además lo hace por un cauce inadecuado: el de la impugnación de la sentencia a medio de la apelación «reconvencional», y no el de la oposición al recurso de quien es su apelante inicial C.

La cuestión no es por tanto si quien adquiere la condición de apelante inicial con respecto de otro sujeto procesal (B con respecto de C), que a su vez es apelante inicial con respecto del primero (C con respecto de B), puede en el trámite del art. 461.1 LEC formular apelación «reconvencional». Con independencia de que no es eso lo ocurrido en el caso estudiado, en nuestra opinión, contraria a la del Tribunal Supremo, es perfectamente posible, pues la identidad que lo impediría debe ser doble: subjetiva y objetiva. Es decir: si además de dirigirse la apelación contra el mismo sujeto (identidad subjetiva) se formula contra el mismo pronunciamiento (objetiva). Quien es apelante inicial frente a C y contra el pronunciamiento W, no podrá formular apelación «reconvencional» frente al mismo sujeto y contra el mismo pronunciamiento, pues ya tiene la condición de apelante inicial, y lo impide el art. 461.2 LEC, además del principio de preclusión (art. 136 LEC). Además, no se tratará de una ampliación del

objeto, que no se amplía (es el mismo que en la apelación inicial), sino de un complemento o ampliación argumentativa del escrito de interposición del recurso de apelación inicial, trámite ya evacuado con anterioridad al traslado para formular oposición.

Cuando la identidad no es doble, es posible que quien tiene la condición de apelante inicial frente a un determinado sujeto B, en el trámite de impugnación de la sentencia formule apelación «reconvencional» contra un pronunciamiento que no había sido previamente impugnado, aunque se dirija la apelación «reconvencional» frente al mismo sujeto B. Veamos: para que ello ocurra es necesario que se hayan producido al menos tres pronunciamientos, y que B sufra gravamen cuando menos por dos de ellos. Es claro que para adquirir la condición de apelante inicial tiene que combatir un pronunciamiento que le cause perjuicio mediante la preparación y posterior interposición frente a otro sujeto. Y que para adquirir la condición de apelante «reconvencional», debe recurrir otro pronunciamiento que le cause perjuicio con el que inicialmente se aquietó. Además, para poder apelar «reconvencionalmente» es necesario que adquiera la condición de apelado, y por tanto que se haya producido en la sentencia de primera instancia un pronunciamiento que le sea favorable y cause un perjuicio a su contraparte. En el caso de autos, la pretensión ejercitada por B es jurídicamente compleja: se le resarza del daño y perjuicio causado en el accidente de circulación, pretensión parcialmente estimada (la estimación parcial conlleva necesariamente dos pronunciamientos: la estimación de una parte, y la desestimación –aunque implícita, de otra parte-). Habiendo recurrido la sentencia de primera instancia, difícilmente podrá adquirir la condición de apelante «reconvencional», pues en la parte que el pronunciamiento le causó perjuicio (desestimación parcial), ya adquirió la condición de apelante inicial.

Coincidimos por tanto con el Tribunal Supremo en el sentido del fallo, pero no en la determinación de la cuestión sometida a su consideración: no se trata de un caso de ampliación de objeto, sino de ampliación extemporánea de la fundamentación contenida en la interposición del recurso. Con este importante matiz, valga la argumentación del tribunal: *“El contenido de la impugnación, en la forma en que se pretende hacer valer en el motivo, resulta claramente extemporáneo por cuanto supone ampliar los*

pronunciamientos sobre los que el apelante había anunciado su recurso, limitado a la estimación parcial del derecho reclamado y a la absolución de uno de los codemandados, convirtiendo al apelante inicial en impugnante del recurso formulado por el apelado frente al que tuvo la oportunidad de alegar lo que su derecho e interés convenía, haciéndolo contra la literalidad no solo del artículo 457, sino del 461.2 de la ley, que autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido, y que de admitirla conllevaría una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos incluido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte” (Fundamento Jurídico Tercero, parte final).

Ahora bien, y aunque sea la cuestión que se sometió a su consideración, el Tribunal Supremo aborda la interpretación conjunta de los artículos 461.1 y 461.2 de la LEC, llegando a la conclusión de que siempre y en todo caso, quien haya adquirido la condición de apelante inicial mediante la preparación y posterior interposición del recurso de apelación, ya no podrá en ningún caso formular apelación «reconvencional» en el trámite del art. 461.1 LEC, con base en que otro apartado del mismo artículo, el apartado 2, se refiere al a quien «*inicialmente no hubiere recurrido*». Así afirma que la literalidad de los arts. 457 y 461.2 LEC “*autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido, y que admitirla conllevaría una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos recurrido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte*”. Dos comentarios contrarios nos sugieren las palabras del Tribunal Supremo:

a).- La literalidad del art. 461.2 LEC no autoriza nada a ninguna de las partes, pues el art. 461.2 LEC ni reconoce ni quita facultades a las partes, sino que se limita a establecer y determinar cuál debe ser la forma en que se deduzca el escrito de apelación «reconvencional»: la misma que la del escrito de interposición del recuso inicial y que establece el párrafo segundo del art. 458.1 LEC.

Es el art. 461.1 LEC el que además de regular un trámite necesario para tutelar el principio de audiencia y contradicción, reconoce la facultad de impugnar la sentencia al apelado, recogiendo la voluntad del legislador expresada en su Exposición de Motivos.

b).- El mismo fundamento que discute cuando afirma que admitir la apelación reconvenicional» conllevaría “*una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos recurrido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte*”, es precisamente el que sustenta la facultad que el art. 461.1 LEC reconoce al apelado. Es decir, el fundamento de la apelación «reconvenicional», antigua apelación «adhesiva»: el apelado también se aquietó con los pronunciamientos que después en el trámite del art. 461.1 y mediante la apelación «reconvenicional» impugnó.

En conclusión, y como señala CHOZAS ALONSO, la LEC permite la determinación y concreción del objeto del recurso de apelación hasta en tres momentos sucesivos: la preparación del recurso, la interposición del recurso y la impugnación de la sentencia mediante la apelación «reconvenicional»¹²². Esta podrá formularse frente al sujeto procesal y contra el pronunciamiento por el que previamente el apelante «reconviniente» no hubiere interpuesto recurso de apelación, y con independencia de hubiere adquirido previamente la condición de apelante inicial frente al mismo sujeto procesal con respecto de otro pronunciamiento distinto del que es objeto de la apelación «reconvenicional». Esto es: cuando no haya identidad subjetiva (frente a un concreto sujeto procesal) y objetiva (contra un concreto pronunciamiento) con la apelación inicial.

¹²² CHOZAS ALONSO, J.M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dentro del género «medios de impugnación» hay que distinguir la especie más importante: los «recursos». Todos ellos son instrumentos procesales puestos a disposición de las partes para que éstas puedan obtener, previo el cumplimiento de determinados presupuestos y requisitos, la modificación, o incluso anulación, de las resoluciones judiciales dictadas por los hombres y por tanto sometidas a la falibilidad humana.

Los medios de impugnación, como género, abarcan cauces procesales que sirven a los fines indicados, pero que no pueden calificarse de recursos, como el incidente de oposición al embargo preventivo, o a la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, o los medios de rescisión de sentencias firmes como lo era el mal denominado «recurso» de audiencia al rebelde. Los «recursos», como especie, tienen un fundamento distinto, pues aquéllos son medios de rescindir un efecto jurídico ya producido, y los «recursos» –en sentido estricto- son medios de evitar un efecto jurídico antes de que se produzca.

SEGUNDA.- «Tercero procesal» es «quien no es parte», y aun no siendo parte es posible que el tercero ostente un interés directo o indirecto en la relación jurídica ventilada en el proceso, a quien puede afectar la resolución judicial aunque no haya intervenido en la primera instancia. Por eso hemos considerado que debía ofrecerse un concepto de «recurso» que además de amparar a las partes del proceso en la primera instancia, también cobijara a los terceros que, con carácter excepcional y cumpliendo algunas exigencias, están legitimados para recurrir una resolución que les causa perjuicio.

Por ello defendemos y justificamos por qué hemos definido «recurso» como *aquél remedio que el legislador pone a disposición de un interesado, que ostentando la condición de parte, y dando cumplimiento a los presupuestos y requisitos legalmente previstos, pide al órgano judicial competente que examine y se pronuncie de nuevo*

sobre una cuestión fáctica o jurídica -bien sea jurídico-procesal, bien jurídico-sustantiva-, que ha sido objeto de una resolución judicial cuya parte dispositiva le resulta perjudicial, con el fin de que sea anulada o sustituida por otra que le resulte más favorable.

TERCERA.- El proceso no termina mediante el dictado de la resolución definitiva que pone fin a la primera instancia, sino cuando la ley no prevé un recurso contra la concreta resolución que le pone fin, o cuando estando previsto transcurre el plazo previsto para interponerlo impidiendo los efectos de la cosa juzgada (art. 207 LEC). La legitimación corresponde a todos aquellos sujetos a quienes afecten desfavorablemente o causen gravamen -bien de forma directa, bien de forma indirecta o refleja- los efectos de la cosa juzgada, hayan sido o no parte en la primera instancia, estando por tanto legitimados para formular recurso de apelación no sólo los sujetos procesales que fueron parte en la primera instancia sino también los terceros.

CUARTA.- El objeto de la segunda instancia que se abre mediante el recurso de apelación, se delimita sucesivamente hasta en tres momentos distintos, dos de ellos necesarios, y el tercero contingente: la preparación del recurso (art. 457 LEC) mediante un escrito por el que el interesado manifiesta la voluntad de recurrir, deducido en el plazo de cinco días a contar desde la notificación (o el conocimiento en el caso de terceros) de la resolución que le causa perjuicio, y en el que habrá de expresar los pronunciamientos contra los que se va a dirigir su impugnación; la interposición del recurso (art. 458 LEC), en el que el apelante inicial fundamenta su disconformidad con todos o alguno/s de los pronunciamientos por los que preparó el recurso; y un tercer momento, contingente, en tanto depende de la existencia de la previa apelación inicial, previsto en el art. 461.1 LEC: la impugnación de la sentencia por el apelado.

QUINTA.- Proponemos la denominación apelación «reconvencional» para referirnos a la conducta del apelado consistente en «*impugnar la sentencia en lo que le resulta desfavorable*» -como la denomina el legislador en el art. 461 LEC-, esto es, para referirnos a la antiguamente denominada «apelación adhesiva» o «adhesión a la apelación», y a la que la doctrina se refiere de múltiples formas como «apelación

tardía», «apelación posterior», «apelación secundaria», «apelación sobrevenida», o incluso «recurso de impugnación».

Entendemos que aunque en la segunda instancia no se introducen nuevas acciones, “la reconvención es a la primera instancia, lo que la apelación «reconvencional» es a la segunda instancia”, y por ello, no hay inconveniente en la utilización del término «reconvención» en la segunda instancia dadas las similitudes existentes entre la conducta del demandado que ejercita una pretensión frente al demandante mediante la «reconvención» en la primera instancia, y la del apelado que a la vista del recurso de apelación inicial del apelante formula a su vez recurso de apelación pretendiendo la revocación de la sentencia en lo que le resulta desfavorable, en la segunda instancia.

SEXTA.- La apelación «reconvencional» que el apelado inicial formula impugnando la sentencia en lo que le resulta desfavorable en el trámite del art. 461.1 LEC, necesita de la previa existencia de una apelación inicial, y sólo hasta ese momento, de manera que el desistimiento de su recurso por el apelante inicial una vez formulada apelación «reconvencional» no afecta a ésta, por tratarse de apelaciones independientes y autónomas. Sin embargo, la declaración de desierto del recurso de apelación inicial, impide la posibilidad de la apelación «reconvencional».

SÉPTIMA.- La apelación «reconvencional», a diferencia de la apelación inicial, no abre la segunda instancia, sino que se incorpora a ella, y no produce el efecto devolutivo que es propio del recurso de apelación inicial. Son sus principales efectos la ampliación del *thema decidendi*, la exclusión del principio de *reformatio in peius*, y la privación de los efectos de la cosa juzgada formal a los pronunciamientos que se combaten en el escrito de impugnación de la sentencia.

OCTAVA.- Están legitimados para formular apelación «reconvencional» los mismos sujetos que lo están para formular apelación inicial. Además el apelante inicial con respecto de un concreto sujeto procesal con ocasión de un determinado

pronunciamiento, puede usar del trámite de impugnación del art. 461.1 LEC mediante la apelación «reconvencional» frente a otro sujeto procesal y con respecto a pronunciamientos distintos de los contenidos en el escrito de preparación del recurso inicial ex art. 457 y 458 LEC.

NOVENA.- La LEC no permite la «reconvención» a la apelación «reconvencional», pues el traslado que el art. 464.4 LEC prevé lo es a quien tiene la condición de apelante inicial con respecto del apelante «reconvencional», y sólo a los efectos de oposición a la apelación «reconvencional».

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO RICO, Juan (CONDE DE LA CAÑADA), *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarias como extraordinarias*, T. I, Madrid, 1794.
- AIKIN ARALUCE, Susana, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1982.
- ALONSO MAZPULE, Mariano, *Los Códigos Españoles*, 6 T., Madrid, Imprenta La Publicidad, 1847.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro y GISBERT POMATA, Marta, *La apelación en los procesos civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios*. Madrid, Civitas, 2008.
- BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2000.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “Disposiciones generales sobre los recursos. Una referencia crítica al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Presente y futuro del proceso civil*, director PICO I JUNOY, Joan, Barcelona, 1998, pág. 342-343
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, T. III, Buenos Aires, 1944.
- CARRERAS DEL RINCÓN, Juan, *La solidaridad de las obligaciones desde la óptica procesal*, Barcelona, Bosch, 1990
- CEDEÑO HERNÁN, Marina, *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Granada, Comares, 1997.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2.010 (Recurso de apelación. Imposibilidad de ampliar el objeto del recurso por parte del apelante principal en el trámite de alegación posterior a la impugnación realizada por la parte apelada)», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. IV, Madrid, Dykinson, 2010, en prensa.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho procesal. Introducción*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Derecho Procesal Práctico*, T.I, Madrid, 1998.
- FONT SERRA, Eduardo, “La adhesión al recurso de apelación en el proceso penal”, *Revista General de Derecho*, 1995.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El recurso de apelación en el proceso civil*, Madrid, Colex, 2001.
- GIMENO SENDRA, V., *Proceso Civil Práctico*, 11 T., Madrid, La Ley, 2002
- GISBERT POMATA, Marta y ARAGONESES ALONSO, Pedro, *La apelación en los procesos civiles. Antecedentes, legislación, doctrina, jurisprudencia y formularios*. Madrid, Civitas, 2008.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, Vol. I., Madrid, 1975.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero 2.010 (Impugnación de la sentencia en el escrito de oposición a la apelación -*adhesión a la apelación*- por quien consta como apelante en el proceso: momento procesal para apelar en caso de pluralidad de recursos)», inédito.
- GRAU PÉREZ, José Alberto, *La impugnación del inicialmente apelado. Adhesión a la apelación*, Madrid, Dijusa, 2005.
- GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.1, Madrid, 1948.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- HOYA COROMINA, José, *El Recurso de Apelación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Navarra, Aranzadi, 2002.

- *LEY de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas. Encuentro de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, JIMÉNEZ CONDE, Fernando, Coord., Pozuelo de Alarcón, SEPIN, 2002.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1.880*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955.
- MARTÍNEZ VAL, José María, «Reconvención y adhesión a la apelación», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1965, págs. 109-114.
- MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de juicio verbal*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MONTERO AROCA, Juan, *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso*, Barcelona, Hispano Europea, 1972.
- NAVARRO HERNÁN, Manuel, *Recursos y otros medios de impugnación*. Madrid, Dijusa, 2001.
- NOGUEIRA ROIG, Leandro y AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, José, «El recurso de apelación civil», *Revista General del Derecho*, 1962, págs. 310 y ss.
- OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susana, *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros)*, Barcelona, Atelier, 2002.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*. Navarra, Elcano, 2000.
- PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, México, 1989.
- PASCUAL SERRATS, Rosa, *El recurso de apelación civil (Facultades de las partes y poderes del tribunal «ad quem»)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- *PROCESO Civil Práctico*, GIMENO SENDRA, Vicente (dir.), 11 V., Madrid, La Ley, 2002.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La Segunda Instancia en el Proceso Civil*. Barcelona, Cedecs Editorial, 1998.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal*, vol. III, Buenos Aires, 1973.

- ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. II, Buenos Aires, 1955.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Del recurso de casación», *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, «Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos», *Revista General de Derecho*, nº 610-611.
- VICENTE Y CARAVANTES, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig Editores, 1856.

JURISPRUDENCIA ESTUDIADA

Tribunal Constitucional:

- Sala Segunda, sent. núm. 6/2001, de 15 de enero (RTC 2001\6), Ponente: Carlos VIVER PI-SUNYER
- Sala Segunda, sent. núm. 258/2000, de 30 de octubre (RTC 2000\258), Ponente: Carlos VIVER PI-SUNYER
- Sala Primera, sent. núm. 221/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999\221), Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN.
- Sala Primera, sent. núm. 10/1999, de 8 de febrero (RTC 1999\10), Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA.
- Sala Segunda, sent. núm. 216/1998, de 16 de noviembre (RTC 1998\216), Ponente: Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE
- Sala Segunda, sent. núm. 76/1997, de 21 de abril (RTC 1997\76), Ponente: Rafael de MENDIZÁBAL ALLENDE.
- Pleno, sent. núm. 211/1996, de 17 de diciembre (RTC 1996\211), Ponente: Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO.
- Sala Segunda, sent. núm. 142/1996, de 16 de septiembre (RTC 1996\142), Ponente: Fernando GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL.
- Sala Segunda, sent. núm. 149/1995, de 16 de octubre (RTC 1995\149), Ponente: Julio Diego GONZÁLEZ CAMPOS.
- Pleno, sent. núm. 58/1995, de 10 de marzo (RTC 1995\58), Ponente: José GABLADÓN LÓPEZ.

Tribunal Supremo:

- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 737/2010, de 24 de noviembre (RJ\2011\578), Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN.
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 869/2009, de 18 de enero de 2.010 (RJ\2010\416), Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (Contraria a la 865/2009).

- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 865/2009, de 13 de enero de 2.010 (RJ\2010\1273), Ponente José Antonio SEIJAS QUINTANA (Contraria a la 869/2009)
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 196/2009, de 6 de abril (RJ\2009\2006), Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS.
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 877/2009, de 19 de febrero (RJ\2009\1507), Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN.
- Sala de lo Civil, Sección 1ª, sent. núm. 1083/2007 de 9 octubre (RJ 2007\6810), Ponente: José ALMAGRO NOSETE.
- Sala de lo Civil, sent. núm. 236/2002, de 15 de marzo de 2.002 (RAJ 2842/2002), Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ.
- Sala de lo Civil, sent. de 20 de abril de 1992 (RJ 1992\3314)
- Sala de lo Civil, sent. de 6 de junio (RJ 1992\5008), Ponente: Francisco MORALES MORALES.
- Sala de lo Civil, sent. de 20 de marzo de 1.991 (RJ 1991\2422), Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA.
- Sala de lo Civil, sent. de 10 de junio de 1.991 (RJ 1991\4434), Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA.
- Sala de lo Civil, sent. de 20 de junio de 1.942 (RJA 890/1942)

Audiencias Provinciales:

- Alicante, Sección 6ª, sent. núm. 150/2004, de 4 de marzo (JUR 2004\106451)
- Alicante, Sección 6ª, sent. núm. 429/2002, de 11 de julio (JUR 2002\244689)
- Asturias, auto núm. 18/2002, de 19 de febrero (JUR 2002\115868)
- Barcelona, auto de 15 de abril de 2002 (JUR 2002\165486)
- Barcelona, Sección 13ª, auto núm. 130/2005, de 4 de mayo (AC\2007\9)
- Barcelona, Sección 13ª, sent. núm. 130/2005, de 4 de mayo (AC\2007\9)
- Burgos, Sección 3ª, sent. núm. 34/2010, de 28 de enero (AC\2010\732)
- Castellón, Sección 1ª, sent. núm. 10/2011 de 14 enero (JUR 2011\119475)
- Castellón, Sección 3ª, sent. núm. 325/2010 de 22 octubre (JUR\2011\65571)

- Castellón, Sección 1ª, sent. núm. 108/2010 de 17 junio (JUR 2010\312598)
- León, Sección 2ª, sent. núm. 59/2009 de 20 febrero (JUR 2009\188475)
- Madrid, Sección 10ª, auto núm. 415/2009 de 4 diciembre (JUR\2010\69743)
- Madrid, Sección 10ª, auto núm. 414/2009 de 18 noviembre (JUR\2010\70788)
- Madrid, Sección 10ª, sent. núm. 569/2009 de 20 octubre (JUR\2010\20238)
- Madrid, Sección 10ª, sent. núm. 259/2009 de 24 abril (JUR\2009\245191)
- Madrid, Sección 21ª, sent. núm. 129/2009, de 18 de marzo (AC\2009\915)
- Madrid, Sección 10ª, sent. núm. 52/2008 de 21 enero (JUR\2008\98821)
- Madrid, Sección 28ª, sent. núm. 43/2006, de 7 de abril (AC\2006\1787)
- Málaga, Sección 6ª, sent. núm. 599/2010, de 17 noviembre (JUR 2011\271763)
- Navarra, Sección 1ª, sent. núm. 114/2006, de 28 de junio (AC\2006\1325)
- Toledo, Sección 2ª, sent. núm. 272/1998 de 16 junio (AC\1998\1323)
- Vizcaya, Sección 3ª, sent. núm. 409/2010, de 15 de julio (JUR\2010\400274)
- Zamora, Sección 1ª, sent. núm. 160/2008 de 14 octubre (JUR 2009\122625)
- Zaragoza, Sección 1ª, sent. núm. 51/2008, de 1 de febrero (AC\2008\1181)